limo

Geiger

Das

Anfechtungsrecht der Gläubiger

eines zahlungsunfähigen Schuldners

innerhalb und außerhalb des Konkurses

nach deutschem Reichsrecht.

Von

Dr. Konrad Cosack,

Privatdozent an der Universität Berlin und Gerichtsassessor.

Stuttgart.

Verlag von Ferdinand Enke.

1884.

Das

Anfechtungsrecht der Gläubiger

eines zahlungsunfähigen Schuldners

innerhalb und außerhalb des Konkurses

nach deutschem Reichsrecht.

Das
Anfechtungsrecht der Gläubiger

eines zahlungsunfähigen Schuldners

innerhalb und außerhalb des Konkurses

nach deutschem Reichsrecht.

Von

Dr. Konrad Cosack,

Privatdozent an der Universität Berlin und Gerichtsassessor.

Stuttgart.

Verlag von Ferdinand Enke.

1884.

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

Vorwort.

Die praktische Beschäftigung mit dem Anfechtungsrecht, die sich mir zufällig in besonderem Maße, namentlich als Richter am Berliner Landgericht, geboten hat, ist der Anlaß zu der vorliegenden Arbeit. Dieselbe ist deshalb auch vorzugsweise für die Praxis bestimmt, und selbst äußerlich hätte ich für diese Darstellung die der Praxis so genehme Kommentarform gewählt, wenn nicht wegen des Umfanges der Anmerkungen und, weil es sich um die Erläuterung zweier, vielfach mit einander übereinstimmender Gesetze handelt, diese Form absolut undurchführbar gewesen wäre. Immerhin wird durch die Sorgfalt, die ich den Inhaltsverzeichnissen gewidmet habe, auch in der jetzigen Gestalt die praktische Brauchbarkeit des Buches der eines Kommentars nicht nachstehen. Auch die Anlagen des Buches dienen dem gleichen Zweck. Denn die ältere preußische und die französische Judikatur gewährt für die praktische Behandlung auch unseres Reichsrechtes eine werthvolle Unterstützung und war deshalb in diesem Buche besonders eingehend zu berücksichtigen; andrerseits ist diese Judikatur aber nur unter vorsichtiger Vergleichung des Textes unserer Reichsgesetze mit dem des preußischen und französischen Gesetzes für jenen Zweck zu verwerthen, und ebendeshalb gerade für diejenigen Gerichte, welche dem preußischen oder französischen Rechte nicht angehören, eine Mittheilung der fremden Texte geboten. Sämmtliche Zitate aus der älteren Judikatur wolle deshalb der Leser nur mit dem stillschweigenden Vorbehalte einer solchen Textesvergleichung entgegennehmen.

Dem dogmatischen Charakter des Buches zu Liebe ist auch die historische Darstellung des Anfechtungsrechts formell wie sachlich in den Hintergrund getreten. Die sparsamen Notizen, die ich hier gebe, sollen nur einer ganz allgemeinen Orientirung dienen. Eine eingehende quellenmäßige, wirklich historische Darstellung des Anfechtungsrechts hoffe ich später an einer andern Stelle liefern zu können. — Ausführlicher habe ich die neueren Gesetze der deutschen Staaten und das gegenwärtig geltende Recht des Auslandes behandelt, und zwar, um den eigentlichen Text des Buches nicht allzusehr mit Anmerkungen zu beschweren, zumeist in dem Nachtrage Seite 368 flg., ich bitte den letzteren namentlich auch wegen einzelner Berichtigungen zu vergleichen, welche sich dadurch erklären, daß mir das Material für die Behandlung des ausländischen Rechts theilweise erst nach Beginn des Drucks in zuverlässiger Form zugänglich wurde. In dieser Hinsicht darf die Darstellung jetzt nahezu erschöpfend genannt werden. Von Bedeutung für die Praxis ist freilich nur Weniges davon. Dafür ist hier um so mehr für die Kritik des heimischen Rechtes zu lernen: und zwar vorzugsweise das Eine, daß die vielfachen Mängel, die wir dem neuesten Reichsrechte gegenüber hervorzuheben haben, mehr oder minder auch bei dem ausländischen Rechte zu finden sind, und daß sie also zu keinem Vorwurf gegen das spezifisch deutsche Recht Veranlassung geben.

Damit komme ich auf die kritische, die polemische Richtung des Buches, — eine Richtung, die an dieser Stelle ein paar Worte der Rechtfertigung fordert, da es meiner Auffassung nach ein Vorwurf für ein wissenschaftliches Werk ist, wenn man dasselbe als ein wesentlich polemisches bezeichnen muß. In der That wird ein Schriftsteller, wenn er nur die eigne Meinung ausreichend durch positive Gründe unterstützt, die abweichenden Meinungen stillschweigend beseitigt haben; dieselben bedürfen also vielleicht einer Erwähnung, nicht aber einer Widerlegung. Indeß ist die Polemik, welche dies Buch versucht, nicht bestimmt, meine eignen Ansichten über das Anfechtungsrecht zu begründen, weil sie dann überflüssig wäre; sondern sie verfolgt den selbständigen Zweck, über den Rahmen der hier behandelten Materie hinaus, die Autorität derjenigen Schriften, die ich hauptsächlich bekämpfe — kurz gesagt: die Autorität der amtlichen Motive zur Reichskonkursordnung zu erschüttern. Von diesem Gesichtspunkte aus genügte es aber nicht, nachzuweisen, daß die deutschen Reichsgesetze anders ausgelegt werden müssen,

als die Motive dieser Gesetze es vorschlagen. Vielmehr war speziell darauf einzugehen, wie wenig auch die Art und Weise zu billigen ist, in der die Motive zu ihrer Auslegung gelangen, und wie wenig sachgemäß ihre Auffassung auch in den Fragen ist, bei welchen dieselbe nach Lage unseres positiven Rechtes als unrichtig nicht bezeichnet werden kann.

Damit soll nicht entfernt ein absprechendes Urtheil über die Motive als ein rein wissenschaftliches Werk gefällt werden, im Gegentheil ist für uns der wissenschaftliche Werth jener Arbeiten ein derart hoher, daß er über ein Lob an dieser Stelle erhaben scheint. Um so mehr müssen wir aber betonen, daß die Haltung der Motive in schrofffstem Widerspruch mit der amtlichen Autorität steht, welche — weniger vielleicht von ihnen selbst beansprucht, als ihnen vielmehr in der Praxis beigelegt wird. Wir haben einfach die Arbeit eines privaten Schriftstellers vor uns, eines Schriftstellers, der überdies einer sehr individuellen, sehr subjektivistischen Denkungsweise huldigt. Kein Wunder, daß dieser Autor, wenn er gleichzeitig neben den Motiven auch den Entwurf des eigentlichen Gesetzes redigirte, beide als ein untrennbares Ganzes ansah, wenn er also alle Zweifel, die der Gesetzestext bieten mochte, einfach dadurch für erledigt hielt, daß er sie in den Motiven autoritativ nach einer bestimmten Richtung hin entschied, — während doch allein jener Text von den gesetzgebenden Körperschaften des Reichs durch sukzessive Abstimmung zur autoritativen Geltung erhoben wird, die Motive dagegen nur einer gelegentlichen, stets unmaßgeblichen, so zu sagen privaten Kritik des Gesetzgebers unterliegen. Diese Verdunklung der Grenze zwischen Gesetz und Gesetzesbegründung ist der Hauptfehler der Motive, ein Fehler, der aber schon für sich allein ausreicht, den Werth der Motive als Interpretationsmittel des geltenden Rechtes nahezu vollständig aufzuheben.

Erfreulicher Weise hat nun freilich das Reichsgericht die Emanzipation der gerichtlichen Praxis von der Autorität der Motive begonnen. Immer folgen aber theilweise noch die Instanzgerichte der entgegengesetzten Anschauung, legen den Motiven eine maßgebliche Bedeutung bei und finden es zureichend, wenn sie ein Erkenntniß zwar im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes, aber doch in Uebereinstimmung mit den Motiven begründen können. Eine gedeihliche Entwickelung des Konkursrechtes wird dadurch sehr erschwert. Auch die künftige Gesetzgebung muß darunter lei=

den; denn für den Verfasser künftiger Gesetzesmotive muß die Versuchung recht groß sein, in gleicher Weise, statt die Berathung des neuen Gesetzes vorsichtig und objektiv vorzubereiten, selber den Gesetzgeber zu spielen.

Nicht weil die Polemik zur Begründung richtiger Ansichten gerade über das Anfechtungsrecht unentbehrlich wäre, sondern lediglich weil überall, wo es angeht, gegen die von den Motiven zur Reichskonkursordnung versuchte Methode der Gesetzesbegründung kritisch vorgegangen werden muß, möge der Leser die aggressive Haltung dieses Buches entschuldigen, und sie nicht auf bloße Freude an der Polemik als solcher zurückführen.

Berlin im April 1884.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Dritter Abschnitt.

Die speziellen Voraussetzungen der Anfechtung.

Sechster Abschnitt.

Das Anfechtungsrecht in seiner Anwendung auf spezielle Rechtsinstitute.

Seite

Siebenter Abschnitt.

Die Beendigung des Anfechtungsrechts.

Konkursordnung
vom 10. Februar 1877.

§ 22. Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

S. 33 flg. 46 flg.

§ 23. Anfechtbar sind:

1. Die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, wenn dem anderen Theile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshand-

Gesetz
betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens v. 21. Juli 1879.

§ 1. Rechtshandlungen eines Schuldners können außerhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

S. 33 flg. 46 flg. 91.

§ 2. Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, und dessen Forderung fällig ist[1], befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde.

S. 35 flg. 42.

---

[1] Entw. A.G. § 2. Die lateinisch gedruckten Worte fehlen.

lungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war[2].

S. 168 flg.

2. Die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten[3] Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung noch der Eröffnungsantrag noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

S. 193 flg.

§ 24. Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen[4], welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht,

§ 3. Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine

---

[2] Entw. II. K.O. § 23 Nr. 1. „die Gläubiger benachtheiligenden Rechtsgeschäfte, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage von ihm an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen, wenn der andere Theil das Geschäft einging oder die Leistung in Empfang nahm, obgleich ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war."

[3] Entw. II. K.O. § 23 Nr. 2: vorgenommenen.

[4] Entw. II. K.O. § 24 Nr. 1: „Rechtsgeschäfte".

seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat.	Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat.
S. 112 flg. 77 flg.	S. 112 flg. 77 flg.
2. Die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen[5] entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden und[6] der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die[7] Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.	2. Die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt werden und der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.
S. 119 flg. 77 flg.	S. 119 flg. 77 flg.
§ 25. Anfechtbar sind:	
1. Die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten.	3. Die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten.
S. 133 flg.	S. 133 flg.

[5] Entw. II. K.O. § 24 Nr. 2 schiebt hier ein: „die Gläubiger benachtheiligenden".

[6] Ebenda: die lateinisch gedruckten Worte fehlen ganz.

[7] Ebenda: „seine".

2. Die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

S. 146. 154 flg.

§ 26. Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

S. 179. 205.

§ 27. Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 23 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war. Die gezahlte Wechselsumme muß von dem letzten Wechselregreßschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregreßschuldner oder dem

4. Die in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraums von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraum geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

S. 146. 154 flg.

Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben ließ, einer der in § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

S. 341 flg.

§ 4. Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte oder seine Forderung fällig war[8], denjenigen, welchem gegenüber eine in § 3 Nr. 2 bis 4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntniß gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig[9] war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist.

S. 101 Nr. 5.

§ 5. Die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen[10].

S. 36 flg.

§ 28. Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshand-

§ 6 stimmt wörtlich mit R.K.O. § 28 überein.

8 Entw. A.G. § 4: „Befriedigung beanspruchen konnte".

9 Ebenda: „zur Befriedigung des Gläubigers unfähig".

10 Im Entw. A.G. fehlt dieser Paragraph ganz.

lung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

S. 55 flg.

§ 29. Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.

S. 231 flg.

§ 30. Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

S. 253 flg.

§ 7. Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

S. 265 flg.

§ 31. Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

S. 277 flg.

§ 8. Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Falle einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung [11] kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten [12].

S. 271 flg. 287 flg.

§ 32. Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das

[11] Entw. A.G. § 7: die lateinisch gedruckten Worte fehlen.

[12] Entw. A.G. § 7 setzt hier zu: „Im Falle einer anfechtbaren Leistung kann der Empfänger wegen seiner Forderung insoweit, als das Empfangene zurückzugewähren ist und nicht der übrige Theil desselben den Betrag der Forderung erreicht, sich an das Zurückzugewährende nach der zwischen ihm und dem Gläubiger im Konkursverfahren bestehenden Rangordnung halten."

Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

S. 284 flg.

§ 9. Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klageantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.

S. 224 Nr. 4.

§ 10. Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urtheil (C.P.O. §§ 502. 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.

S. 227.

§ 33. Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt. Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

2. wenn er zu den in § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört

§ 11. Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt. Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachtheiligen;

2. wenn er zu den in § 3 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, daß er zur Zeit

und nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.

S. 306 flg.

§ 34. Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.

S. 355 flg.

seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß hatte.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemäßheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird.

S. 306 flg. 318[16].

§ 12. Das Anfechtungsrecht auf Grund des § 3 Nr. 1 verjährt in zehn Jahren seit dem Zeitpunkte, mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war[13]; wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, erst seit der Vornahme der Handlung.

S. 355 flg.

§ 13. Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu[14]. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten.

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Falle einer Ver-

13 Entw. A.G. § 11: „und seine Befriedigung beanspruchen konnte".

14 Entw. A.G. § 12 schließt der Satz: „mit der Wirkung zu, daß die Rückgewähr nach den Vorschriften der Konkursordnung, und zwar, sofern eine Endentscheidung zweiter Instanz noch nicht ergangen ist, in vollem Umfange zur Konkursmasse stattfindet."

zögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der C.P.O. § 217 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 30 bis 32. 34 in Gemässheit der §§ 240. 491 der C.P.O. erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozesskosten von jeder Partei aufgenommen werden [15]. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugniß des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung [16] das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 23 Nr. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

S. 186[4].

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Massgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem Anspruche entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War der Anspruch

---

[15] Ebenda fehlen die lateinisch gedruckten Worte.

[16] Ebenda: „selbständig".

nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im § 3 Nr. 2 bis 4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablaufe eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Massgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

S. 358 flg.

Einf.-Gesetz zur R.K.O.
v. 10. Februar 1877.

§ 9. In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommene Rechtshandlung Anwendung, sofern nicht dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.

S. 104.

§ 14. Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reiches gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft.

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreits die Vorschriften der bisherigen Gesetze maßgebend.

S. 104.

Konkursordnung.

185. Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurtheilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urtheils. S. 177[5].

209. Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter drei Monaten ein.

210. Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,
2. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Uebersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
3. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

211. Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

212. Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem Anderen Vermögensvortheil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

213. Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vortheile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängniß bis zu einem Jahre bestraft.

214. Die Strafvorschriften der §§ 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

S. 214 flg.

48. Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;
2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung

an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;

3. wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte.

S. 215 flg.

49. Die Bestimmung des § 42 findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daß ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.

S. 216.

42. Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntniß des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, daß der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

S. 216.

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 259.

Wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes durch Vereinbarung zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter das Gesellschaftsverhältniß aufgelöst worden ist, so können die Konkursgläubiger verlangen, daß der stille Gesellschafter die ihm zurückbezahlte Einlage in die Konkursmasse einzahle, unbeschadet seines Rechts, die in dem Zeitpunkt der Auflösung ihm aus dem Gesellschaftsverhältnisse zustehende Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Dasselbe gilt, wenn dem stillen Gesellschafter in dem bezeichneten Zeitraum ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Einlage zurückbezahlt wurde.

In gleicher Weise ist, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes in dem bezeichneten Zeitraum dem stillen Gesellschafter dessen Antheil an dem entstandenen Verluste ganz oder theilweise erlassen hat, der Erlaß zu Gunsten der Konkursgläubiger unwirksam.

Die Bestimmungen dieses Artikels treten nicht ein, wenn der stille Gesellschafter beweist, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung, der Zurückbezahlung oder des Erlasses eingetreten sind.

S. 217 flg. 20[13].

Terminologische Vorbemerkung.

Die folgende Untersuchung hat es hauptsächlich mit drei Personen zu thun: dem Gläubiger, dem Schuldner desselben und endlich einem Dritten, der im Wege der Anfechtung genöthigt wird, dem Gläubiger an Stelle des insolventen Schuldners die Mittel zu seiner Befriedigung zu gewähren. Wir werden in der Folge blos den ursprünglichen Schuldner als „Schuldner" bezeichnen, den Dritten dagegen, der nur im Wege der Anfechtung in ein obligatorisches Verhältniß zu dem Gläubiger kommt, stets „Anfechtungsschuldner", „Anfechtungsgegner" oder kurz „Gegner" nennen.

Die neuern Reichsgesetze haben in kasuistischer Art eine Reihe einzelner Geschäfte unter genauer Normirung ihrer Voraussetzungen der Anfechtung unterworfen. Für diese Fälle sind folgende Bezeichnungen eingeführt:

Für K.O. § 23^{1} Satz 1 und 2: „Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz" oder „aus dem Grunde der Zahlungseinstellung".

K.O. § 23^{1} Satz 2: „Anfechtung der Zahlungen".

K.O. § 23^{2}: „Anfechtung der Gratifikationen".

K.O. § 24^{2} und A.G. § 3^{1}: „Paulianische Anfechtung (wogegen die ächte actio pauliana stets als römisch rechtliche Anfechtung bezeichnet wird.)

K.O. § 24^{2} und A.G. § 3^{2}: „Anfechtung gegen Verwandte".

K.O. § 25^{1} und A.G. § 3^{3}: „Anfechtung der Schenkungen".

K.O. § 25^{2} und A.G. § 3^{4}: „Anfechtung gegen den Ehegatten".

Diese Bezeichnungen sind ganz anspruchslos gemeint und sollen nur ein besonders typisches Merkmal jedes einzelnen Anfechtungsfalles angeben, ohne dessen Wesen scharf charakterisiren zu wollen. Selbst wer die von uns gewählte Terminologie nicht besonders glücklich findet, wird ihr doch vor der bisher üblichen Methode den Vorzug geben, welche die einzelnen Anfechtungsfälle nur nach der Nummer des bezüglichen Gesetzesparagraphen benennt.

Erster Abschnitt.

Die prinzipiellen Grundlagen des Anfechtungsrechtes.

Kapitel eins.

Einleitung.

§ 1.

Rein persönliche Forderungen unterwerfen ihrem Begriff nach der Herrschaft des Gläubigers zunächst nur die Person des Schuldners, nicht aber sein Vermögen. Wenn also der Schuldner über sein Vermögen derart verfügt, daß die Gläubiger die ursprünglich vorhandene Möglichkeit, sich aus demselben zu befriedigen, verlieren, so wird damit an und für sich ein Recht der Gläubiger nicht verletzt, und dieselben müssen sich alle Verfügungen dieser Art gefallen lassen. So kann der Darlehnsgeber, welchem im Vertrauen auf den Reichthum seines Schuldners der Gedanke, sich durch ein Pfand zu sichern, völlig fern liegen mußte, am Verfalltage den Schuldner mittellos und verarmt finden, ohne prüfen zu dürfen, wie es gekommen ist, daß der Reichthum, der ihm so kreditwürdig erschien, gänzlich verschwunden ist. Schon in sehr alter Zeit erschien indeß diese Konsequenz aus dem Wesen der rein persönlichen Forderung unerträglich. Das Rechtsbewußtsein des Volks verlangte, daß das Vermögen des Schuldners, wenn ihm auch nur persönliche Forderungen gegenüberstanden, doch nicht als völlig frei angesehen werden sollte, verlangte eine gewisse Gebundenheit des Vermögens auch zu Gunsten der obligatorischen Gläubiger.

Ein solcher Schutz der persönlichen Gläubiger wird oft als eine Anomalie ganz besonderer Art bezeichnet; sicher mit Unrecht. Man hat zwar darin zunächst eine Verwischung der Grenzen zwischen dinglicher und obligatorischer Berechtigung finden wollen. Allein der Gegensatz dieser beiden

Rechtsformen ist kein unabänderlicher, gehört vielmehr dem Gebiete formaler juristischer Technik an und muß deshalb unbedenklich da aufgehoben oder seiner prinzipiellen Schärfe beraubt werden, wo sachliche Interessen dies erfordern. Ebenso wenig darf man darauf verweisen, daß die persönlichen Gläubiger es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn sie dem Schuldner ohne dingliche Sicherheit Kredit gewährten, und deshalb billigerweise auch eine Verhaftung des schuldnerischen Vermögens zu ihren Gunsten nicht in Anspruch nehmen dürfen. Denn zunächst paßt dieser Grund auf gesetzliche Verbindlichkeiten und zumal auf Alimentenforderungen, welche in einzelnen Raten nach und nach fällig werden, überhaupt nicht. Aber weiter ist auch in Bezug auf vertragsmäßige Obligationen zu erwägen, daß das heutige Wirthschaftssystem seiner ganzen Anlage nach auf der Nothwendigkeit beruht, Kredit zu nehmen und zu geben. Der Detaillist z. B., welcher den Werth seines Waarenlagers nur langsam realisiren kann, ist regelmäßig nicht in der Lage, schon bei Abnahme desselben dem Fabrikanten oder Zwischenhändler den Gesammtpreis auch nur sicher zu stellen; der Fabrikant kann gleichfalls das Rohmaterial erst dann vollständig bezahlen, wenn die Verarbeitung desselben vollendet und das Fabrikat verkäuflich ist u. s. f. Alle neuerlichen Versuche, das Kreditsystem durch ein System der Baarzahlung zu ersetzen, sind auf einen sehr bescheidenen Wirkungskreis beschränkt oder beruhen auf ganz ideologischen Vorstellungen. Dem Bedürfniß, Kredit zu nehmen, muß aber auf der andern Seite die Bereitschaft entsprechen, Kredit zu geben, und derjenige, welcher diese Bereitschaft ablehnen wollte, würde, von besonderen Fällen abgesehen, in Ermangelung von Abnehmern auf jede nicht ganz untergeordnete Mitwirkung im wirthschaftlichen Leben verzichten müssen. Die Freiheit des Kreditgewährens ist also meist eine nur scheinbare und bezieht sich weniger darauf, *ob*, als darauf, *wem* Kredit zu gewähren ist; aber auch diese letztere Freiheit ist der Natur der Sache nach vielfach eine beschränkte. Einem Gläubiger eine direkte Haftung des schuldnerischen Vermögens um deswillen zu versagen, weil er freiwillig eine dingliche Sicherung für seinen Anspruch unterlassen habe, hieße also zum Schaden noch den Spott fügen.

Die neuere Gesetzgebung muß deshalb an den Verkehr die Anforderung stellen, daß ein jeder Kontrahent die Vermögensverhältnisse seines Mitkontrahenten und speziell die Verschuldung desselben nicht gänzlich außer Acht lassen darf. Die einzige Frage ist nur die, wie weit die Gesetzgebung mit dieser ihrer Anforderung gehen darf, um dieselbe nicht für den Verkehr zu einer lähmenden Fessel zu machen, und den Interessen der persönlichen Gläubiger nicht die Sicherheit des ganzen dinglichen Rechtssystems zu opfern. Die Antwort auf diese Frage wird verschieden genug ausfallen. Nur ist das Eine schon hier festzuhalten, daß, wie milde auch das Gesetz jene Anforderung fassen mag, dieselbe dem Verkehr nothwendigerweise ein Opfer ab-

verlangt, dieser Umstand allein also die Verwerflichkeit einer speziellen Fassung des gesetzlichen Postulats noch nicht darthut. Zwei berechtigte Interessen kämpfen hier miteinander; jede Berücksichtigung des einen schädigt das andere. Die Insolvenz des Schuldners steht außerhalb des Kreises beider Interessen und erscheint ihnen gegenüber wie ein schädigender „Zufall", welchen eines derselben, da der Zufall nun einmal geschehen, und der Schaden da ist, wohl oder übel tragen muß. So ergiebt sich denn eine eigenthümliche Fassung des hier zu lösenden gesetzgeberischen Problems in der Frage: „Wer hat die Gefahr der Insolvenz eines Schuldners zu tragen?"

Kapitel zwei.

Geschichte des Anfechtungsrechts.

I. Außerhalb Deutschlands.

§ 2.

1[1]. Schon das römische Recht hat das Bedürfniß empfunden, die Gläubiger eines insolventen Schuldners wenigstens vor böswilliger Verkürzung ihrer Befriedigungsmittel zu schützen, und mindestens drei Gesetze sind zu diesem Zweck erlassen worden[2]. Das leitende Prinzip der Römer war, daß den Gläubigern nur die Person des Schuldners, nicht aber sein Vermögen haftete, und deshalb eine Verkürzung dieses Vermögens nur dann eine Rechtsverletzung gegen die Gläubiger enthielt, wenn sie zugleich auf einer Verletzung der persönlichen Verpflichtungen des Schuldners, wenn sie auf einem Treubruch, einem böswilligen Verhalten desselben beruhte. Deshalb genügte der böswillige Akt eines Dritten nicht, sofern der Schuldner an demselben nicht oder doch ohne eignen Dolus theilnahm, und andererseits haftete der Mitkontrahent selbst dann, wenn nicht er, sondern nur der Schuldner in bösem Glauben gewesen war. Die Klage hat im Allgemeinen deliktische Natur, und geht also gegen den Schuldner selbst und gegen den böswilligen Dritten auf Schadensersatz, ohne eine Be-

---

[1] Die Rechtsentwickelung in Deutschland ist vielfach von der des Auslandes abhängig gewesen. Daher die Anordnung des Stoffes in diesem und dem folgenden Paragraphen. — Beide sollen übrigens nur eine ganz allgemeine Uebersicht geben; reicheres Detail findet sich bei den speziellen Fragen im weiteren Verfolg der Darstellung.

[2] Die lex Aelia Sentia (Freilassung der Sklaven in fraudem creditorum) und zwei prätorische Edikte (actio pauliana und interdictum fraudatorium).

reicherung der Gegner oder überhaupt eine Zuwendung an sie vorauszusetzen[3].

2. In Italien findet sich schon um die Mitte des XIV. Jahrhunderts eine Reihe von Statutarrechten[4], welche die Interessen der Gläubiger gegen eine Verkürzung des Vermögens ihres Schuldners weit über die Prinzipien des römischen Rechtes hinaus in energischer Weise schützen. Wir haben es dabei mit einer sehr willkürlichen positiven Gesetzgebung zu thun, die sich namentlich in den vier folgenden Richtungen praktisch Geltung verschafft.

a) Gewisse nahe Verwandte des Schuldners — ihr Kreis wird zum Theil in sehr kasuistischer Weise bestimmt[5] — haften, namentlich wenn sie kurz vor der Flucht des Schuldners mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebten, für seine geschäftlichen Verbindlichkeiten als Solidarschuldner: ein höchst eigenthümlicher Fall einer gesetzlichen Bürgschaft auf Grund der Familienzusammengehörigkeit.

b) Gewisse nahe Verwandte des Schuldners haften für dessen Verbindlichkeiten bis zu einer gewissen Höhe, nämlich mit denjenigen Immobilien, die der Schuldner 6 Monate bez. 1 Jahr vor seiner Flucht besessen hat und deren Besitz seitdem an sie übergegangen ist[6]. Auch hier überwiegt noch der Gedanke einer gesetzlichen Bürgschaft, und es darf, nach dem Zusammenhang, in welchem die Statutarrechte diese Vorschrift bringen, noch nicht an eine eigentliche Anfechtung des Geschäfts gedacht werden, durch welches der Verwandte das Grundstück erworben hat.

c) Gewisse spezielle Geschäfte, die der Schuldner kurze Zeit vor seiner Flucht abschließt, sind den Gläubigern gegenüber nichtig, und die daraus herrührenden Zuwendungen an Dritte von diesen an die Masse zurückzugewähren; hierher gehören namentlich alle Immobiliarveräußerungen[7], die

---

[3] D. 42, 8. l. 25 § 2. 7. l. 10 u. s. f.

[4] Am eigenthümlichsten ist das Statut von Florenz 1416, abgedruckt in dem Programm der Universität Marburg 1864. Außerdem namentlich die Statuten von Genua, die in Frankreich traditionell als eigentliche Quelle des einheimischen Rechts angesehen werden, die Statuten von Mailand 1341 und 1396, von Piacenza 1347, Brescia 1429.

[5] Z. B. in Florenz rubr. II. die masculi descendentes per lineam masculam, wenn sie nicht bereits zur Zeit des Kontrakts oder länger als 6 Monat vor Flucht des Schuldners emanzipirt waren, ferner die Brüder des Schuldners, wenn sie keinen Vater haben und mit dem Schuldner zusammenwohnen u. s. f. — Aehnlich auch die Statuten von Mailand, Brescia und Piacenza.

[6] Stat. Florent. v. 1416 rubr. II, z. B. für Descendenten, die nicht unter die Kategorie der vorigen Note fallen. Uebereinstimmend nach Fuchs 50[6] die Statuten von Mailand, Brescia und Piacenza.

[7] Stat. Florent. rub. XI.

Veräußerung einer beweglichen Sache, wenn der Schuldner dieselbe in körperlichem Besitz behält[8], die Schenkungen[9] u. s. f. Wir haben es hier offenbar mit einem wirklichen Anfechtungsrecht zu thun.

d) Ohne Rücksicht auf die Person des Mitkontrahenten und die spezielle Natur des streitigen Rechtsakts ist jede Disposition des Schuldners nichtig, welche zwei Wochen vor seiner Verbergung oder Flucht geschieht[10].

Eine organische Fortbildung hat dies Statutarrecht nicht erfahren. Namentlich war die italienische Jurisprudenz nicht im Stande, das neue Recht den Grundsätzen der Pandekten gegenüber auf prinzipielle Gesichtspunkte zurückzuführen. Im Gegentheil hielt sie eine restriktive Auslegung der Statuten für geboten und wußte zu ihrer Erklärung nichts anzuführen als den sehr vagen, sehr unbestimmten Satz, jeder bankerotte Schuldner sei betrügerisch — fallacissimus —, oder es werde sein Dolus vermuthet. Nur scheint sich als eine Art gemeines Recht der eine Grundsatz Geltung zu verschaffen, daß alle Handlungen des Schuldners nach seiner Zahlungseinstellung oder sogar in den letzten Tagen vor der Zahlungseinstellung ungiltig seien[11].

Dagegen findet eine gewisse Fortentwickelung des römischen Rechts statt. Durch eine an sich zweifellos unrichtige Auslegung einzelner Pandektenstellen werden nämlich die Schenkungen des späteren Kridars, auch wenn sie ohne allen Dolus geschehen, und ebenso alle Zahlungen auf Schuld, welche eine absichtliche Begünstigung des befriedigten Gläubigers enthalten, für anfechtbar erklärt[12].

3. Frankreich. Der Aufschwung von Handel und Gewerbe erhöht die Bedeutung des Kreditverkehrs und das Bedürfniß nach einem kräftigen Schutz der Interessen der persönlichen Gläubiger eines insolventen Schuldners. Es entspricht lediglich dieser Thatsache, daß die Grundsätze, die sich im XIV. und XV. Jahrhundert in Italien ausgebildet hatten, im XVII. Jahrhundert auch in Frankreich zur Geltung kamen.

Hier war es zuerst die Kaufmannschaft von Lyon[13], welche — im

---

[8] Stat. Florent. rubr. XI.

[9] Genua IV. c. 8.

[10] Genua IV. c. 7.

[11] Baldus I. cons. 400. Scaccia, 383. 396. Straccha, III. Nr. 28. Ansaldus de Ansaldis, disc. 5, Nr. 22, disc. 75, Nr. 6. Menochius, V praes. 3. Nr. 111. Casaregis disc. 75. Nr. 3. Roccus notab. 37.

[12] Vgl. außer den zu 11 zitirten Stellen Glossa zu l. 2. 24 h. t.; Fuchs 51[11]; Francke, Archiv f. ziv. Praxis 16[135] flg.

[13] Boulay-Paty 35 flg. Weit früher — durch ein kgl. Edikt von 1609 — wurde übrigens die Ungiltigkeit für eine ganz abweichende Gruppe von Rechtsgeschäften (tous transports faits aux enfants, heritiers ou autres leurs amis. Vgl. Bédarride I, 130) ausgesprochen. In dieser Richtung hat indeß eine weitere

Jahr 1667 — in einem umfassenden Reglement unter königlicher Genehmigung bestimmte:

> que tous les transports sur les biens des marchands que font faillite seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue.

Dieser Grundsatz sollte später eine große Bedeutung erlangen. Zwar glaubt noch ein kgl. Edikt „du mois de mars 1673", — der s. g. code marchand —, daß die Einschärfung der römischrechtlichen Grundsätze dem Bedürfniß des Kreditverkehrs Genüge thun werde[14]. Aber schon dreißig Jahre später ergeht eine „Deklaration" dieses Edikts, am 18. November 1702[15], welche im Wesentlichen das Reglement von Lyon zum gemeinen Recht in Frankreich erhebt. Hieran schließt sich dann der code de commerce an, mit seinen beiden durchgreifenden Grundsätzen, daß alle Geschäfte des Schuldners nach seiner Zahlungseinstellung und daß gewisse andere Geschäfte, die Eintragung von Hypotheken für ältere Verbindlichkeiten, die Immobiliarschenkungen, die Zahlung vor Fälligkeit und die Angabe an Zahlungsstatt auch innerhalb von zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung für ungiltig erklärt werden[16].

Die weitere Gesetzgebung[17] mildert dies strenge Recht in einem Punkt erheblich. Die generelle Rückbeziehung der Konkurswirkungen auf den Tag der Zahlungseinstellung greift nämlich fortab nur dann Platz, wenn der Gegner die Zahlungseinstellung gekannt hat und findet auf Wechselzahlungen überhaupt keine Anwendung. Dagegen bleibt bezüglich der speziellen, noch um zehn Tage über das Datum der Zahlungseinstellung hinausgreifenden Anfechtung das alte Recht bestehen und es wird irgend eine Sachkenntniß auf Seite des Gegners als Voraussetzung derselben nicht gefordert; der Kreis der speziell anfechtbaren Geschäfte wird jetzt sogar auf die Mobiliargeschenke ausgedehnt, die Anfechtung der Hypotheken dagegen etwas enger begrenzt.

4. Nachbildungen der französischen Gesetzgebung sind in neuerer Zeit von einer ganzen Reihe von Staaten versucht. Hierher gehören

---

Entwickelung des französischen Rechts nicht stattgefunden. — Auch die Ungiltigkeit aller Handlungen des Schuldners nach der Zahlungseinstellung ist älteres Recht. Vgl. Massé Nr. 1212.

[14] Art. 4: déclarons nuls . . tous transports faits en fraude des créanciers, voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets (Boulay-Paty 35 flg.).

[15] Boulay-Paty 36.

[16] Code de commerce 442 flg.

[17] G. vom 28. Mai 1838. Ein eingehender Bericht über die damaligen Kammerverhandlungen bei St. Nexent des faillites et banqueroutes I, 23 flg.

zunächst die Staaten, welche das französische Handelsrecht überhaupt in complexu rezipirt haben, namentlich Belgien[18], einzelne Schweizer Kantone, Rumänien u. s. f. Sodann in etwas selbständigerer Haltung Italien[19], welches, von dem französischen Vorbilde abweichend, z. B. die kritischen zehn Tage nicht von der Zahlungseinstellung, sondern von der Konkurseröffnung ab datirt und auch dem Gegner, der die Zahlungseinstellung des Schuldners erweislich gekannt hat, ausdrücklich die Einrede gestattet, daß er trotz dieser seiner Kenntniß in gutem Glauben gewesen sei. Weiter das niederländische Handelsgesetzbuch, welches aber längere Fristen — so für Schenkungen 60 Tage, für Schenkungen an Verwandte 120 Tage — annimmt[20]. Noch selbständiger ist das portugiesische und spanische Handelsgesetzbuch. Das erstere erklärt[21] alle Handelsgeschäfte des Schuldners für anfechtbar, die längstens 20 Tage vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind, sofern eine Arglist des Gegners bewiesen wird, indem es die Arglist des Schuldners ohne Weiteres präsumirt, statuirt aber für einzelne in der gleichen bez. der doppelten Frist geschlossene Geschäfte, — Schenkungen, Pfandbestellungen, Zahlungen vor Fälligkeit, nicht aber Angabe an Zahlungsstatt — die Ungiltigkeit unabhängig von dem Dolus der Betheiligten. Das spanische Gesetzbuch[22] berechnet seine Fristen — von 10 Tagen bis zu 4 Jahren — gleichfalls von der Konkurseröffnung ab und statuirt innerhalb derselben für alle Rechtsakte nach dem gerichtlich festgestellten Tage der Zahlungseinstellung und binnen meist 15tägiger Frist für Pfandbestellungen, Zahlung vor Fälligkeit, Angabe von Immobilien an Zahlungsstatt und gewisse Schenkungen Ungiltigkeit schlechthin; für andere Akte — z. B. für alle Handelsgeschäfte binnen 10, für alle Immobiliarveräußerungen binnen 30 Tagen vor der Konkurseröffnung — gilt eine Doluspräsumtion, so daß die Anfechtbarkeit bis zur Führung des Gegenbeweises Platz greift; bei erwiesenem Dolus Anfechtung aller Rechtshandlungen binnen vierjähriger Frist.

Auch Südamerika, Aegypten[23] u. s. f. folgen dem französischen Recht,

---

[18] Code de commerce art. 444 flg. Die Fassung weicht mehrfach von der des franz. c. de c. ab, jedoch nur redaktionell, z. B. durch Erwähnung eines lästigen Geschäfts, wo Leistung und Gegenleistung zum Nachtheil der Masse „notablement“ differiren.

[19] Codice di commercio art. 707 flg. Außerdem paulianische Anfechtung art. 708 und cod. civ. ital. 1235.

[20] Wetboek van koophandel (1838). § 773 flg.

[21] Codigo commercial portuguez (1833) 1133 flg. Außerdem Anfechtung bei erwiesenem beiderseitigem Dolus ohne Zeitbeschränkung 1136.

[22] Codigo de comercio (1829) 1024. 1036 flg.

[23] Chile (1865) 1373 flg., Aegyptisches Handelsgesetzb. (1876) 235 flg. u. s. f.

so jedoch, daß z. B. Bolivia[24] sich zunächst an das spanische, Brasilien[25] an dieses und das portugiesische Gesetz anlehnt. Selbständiger ist das Gesetzbuch der Argentinischen Staaten[26], indem es z. B. keine besondere Anfechtung für die letzten Tage vor der Zahlungseinstellung kennt.

5. In England[27] gilt schon nach älterem Konkursrecht der Grundsatz: once a bankrupt, always a bankrupt, d. h. die Rückbeziehung der Wirkungen einer formellen Konkurseröffnung auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung oder eines sonstigen „act of bankruptcy". Spezielle Gesetze, so namentlich die oft zitirte und theilweise noch jetzt in Geltung befindliche 13 Eliz. c. 5, sowie eine rigorose Praxis der Gerichte erweitern diesen Grundsatz in wirksamster Weise, wie denn z. B. unentgeltliche Verfügungen des Schuldners ohne jede zeitliche Begrenzung für anfechtbar gelten, und stellen für das ältere englische Recht ein geschlossenes System eines höchst energischen Anfechtungsrechts der Gläubiger dar: ein System freilich, welches die Interessen des gutgläubigen Anfechtungsgegners rücksichtslos vergewaltigt.

Auch in England findet indeß, ähnlich wie in Frankreich, eine Umbildung des alten Rechts zu Gunsten des gutgläubigen Gegners statt, nur daß diese Umbildung hier sehr allmählich und stückweise vor sich geht. Namentlich die Gesetze 1 Jac. I. c. 15, 2 Jac. I. c. 19, 19 Geo. II. c. 32 kommen hier in Betracht, die zunächst die redlichen Zahlungen an den spätern Kridar, und dann auch die von ihm geleisteten Zahlungen, sofern sie in geschäftsüblicher Weise erfolgen, und der befriedigte Gläubiger in gutem Glauben ist, der Anfechtung entziehen. Sehr viel später werden generell alle redlichen entgeltlichen Geschäfte für unanfechtbar erklärt, zunächst jedoch — 46 Geo. III. c. 145, 49. Geo. III. c. 121 — wieder mit Ausnahme der nur zwei Monate vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtsakte. In rascher Folge der Gesetze[28] hat sich seitdem der Bereich der Anfechtung theilweise noch mehr eingeengt, theilweise aber auch wieder erweitert. Nach dem heute geltenden Rechte sind anfechtbar:

a) jede unentgeltliche Verfügung des Schuldners, die bis zu zehn Jahren vor der formellen Konkurseröffnung vorgenommen ist, und zwar unbedingt,

---

24 Handelsgesetzb. (1834) 515 flg.

25 Handelsg. (1850) 827 flg., was z. B. die Frist zur Anfechtung von Hypotheken betrifft.

26 Handelsg. (1862) 1539 flg.

27 Pitt-Taylor, the bankruptcy act 1869 zu s. 91. Williams, the law and practice of bankruptcy 263 flg. Robson, a treatise on the law of bankruptcy (4th edit. 1881) 123 flg. 516. 554 flg. Stephen, commentaries II. 167 flg. Eine gute Uebersicht auch in Ztschr. f. Handelsrecht II. 40 flg. (Güterbock) und XV. 372 flg. (Mittermaier).

28 6. Geo. IV. c. 16 s. 86. 2 Vict. c. 11. 2 & 3 Vict. c. 29. 12 & 13 Vict. c. 106 s. 133 flg. und zuletzt 32 & 33 Vict. c. 71.

wenn sie in den letzten zwei Jahren vorgenommen ist, sonst nur, wenn der Geber zur Zeit der Verfügung nicht erweislich[29] solvent war.

b) jedes entgeltliche Geschäft des Schuldners aus dem gleichen Zeitraum, — einschließlich der Zahlungen an ihn, ausschließlich aber aller Vergebungen in Eheverträgen, — sofern nicht der Gegner erweislich[30] in gutem Glauben gewesen ist;

c) jede absichtliche Begünstigung eines Gläubigers durch den Schuldner, die binnen 3 Monat vor der Konkurseröffnung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger in gutem Glauben gewesen ist;

d) jede absichtliche Schädigung der Gläubiger bei Sachkenntniß des Gegners ohne Frist[31].

6. Nordamerika hat seit dem 2. März 1867 gleichfalls ein neues Anfechtungsrecht[32] unter Berücksichtigung des subjektiven Verhaltens des Gegners. Es erklärt für anfechtbar:

a) jede absichtliche Begünstigung eines Gläubigers binnen 4 Monaten vor der Konkurseröffnung;

b) jede absichtliche Benachtheiligung der Gläubiger binnen 6 Monaten vor dem nämlichen Zeitpunkt,

vorausgesetzt, daß der Gegner in beiden Fällen die Absicht des Schuldners kennen mußte.

7. Schweiz. Die deutschen Kantone der Schweiz folgen im Wesentlichen dem römischen Recht[33]. Eine einheitliche Regelung des Anfechtungsrechts für die ganze Schweiz ist bisher nicht zu Stande gekommen[34].

8. Oesterreich[35] hat von allen Staaten, die an der modernen Rechtsentwickelung theilgenommen haben, die Bedürfnisse des Verkehrs, die hier in Frage kommen, am wenigsten zu würdigen verstanden. Das österreichische Recht kennt nur für Schenkungen ein Anfechtungsrecht der Gläubiger, lehnt bei Leibrentenverträgen die Anfechtung sogar ausdrücklich ab und hat auch für den Konkursfall ein besonderes Anfechtungsrecht nicht.

9. Dänemark folgt, nur mit etwas andern Fristen, dem französischen

---

29 So ausdrücklich s. 91 des letztgenannten Gesetzes; anders noch 12 & 13 Vict. c. 106, nach Williams a. a. O. 263.

30 Das Gesetz disponirt über diese Beweisfrage nicht ausdrücklich. Vgl. aber Robson 563.

31 Die Gründe a—c gelten nur für „trader“. Für Privatpersonen gilt das ältere Recht fort, Williams 264.

32 Stat. at Large of the U. S. A. XIV. Act to establish a uniform System of Bankruptcy throughout the U. S. s. 35. Vorher herrschte mannigfach verschiedenes Recht der Einzelstaaten. Bouvier, I. 720. 723. Kent, II. 389 flg.

33 Züricher Privatrechtl. Gesetzbuch 1019 flg.

34 Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht 889.

35 A.B.G.B. §. 953. 1286. Konkursordnung (1868) §. 24.

Recht; außerdem sind alle Rechtsgeschäfte des Schuldners mit seinen nächsten Verwandten von dem Eintritt seiner Insolvenz ab ohne Rücksicht auf weitere subjektive Momente ungiltig[36].

10. Rußland[37] kennt eine Anfechtung für Immobiliargeschäfte mit zehnjähriger Frist, für entgeltliche jedoch nur, wenn der Gegner ein Verwandter des Schuldners ist.

II. Rechtsentwickelung in Deutschland.

§ 3.

1. Das ältere Recht ist bisher mit Rücksicht auf das hier dargestellte Rechtsinstitut wenig durchforscht[1], und auch die neueren umfassenden Darstellungen des s. g. deutschen Privatrechts nehmen weder das Anfechtungsrecht der jetzt geltenden deutschen Reichsgesetze noch die Vorläufer desselben im ältern deutschen Rechte in ihr System auf. Das ist um so auffallender, als wir es dabei mit einer durchaus selbständigen deutschen Rechtsbildung zu thun haben, welche sich in kontinuirlicher Entwickelung zum Theil noch bis in die allerneueste Zeit — bis zur Einführung des heutigen Reichsrechts — erhalten hat. Ein Blick auf diese ältere deutsche Rechtsbildung ist deshalb selbst für das Verständniß des heutigen Rechtes von erheblicher Bedeutung.

Eine oberflächliche Prüfung der Quellen scheint nun freilich ein ebenso einfaches wie überraschendes Resultat zu ergeben: die vollständige Uebereinstimmung des älteren deutschen mit dem römischen Recht, denn überall finden wir — in Nord- und Süddeutschland[2], nach Stadt- wie nach Landrecht und Lehnrecht[3], für Immobilien wie für Mobilien[4], — den Satz, daß eine Handlung des Schuldners, welche die Gläubiger desselben absichtlich schädigen soll, von den letzteren binnen bestimmter Frist angefochten werden kann. Die Quellen haben für die fraudulose Absicht des Schuldners in solchen Fällen sogar einen eigenen technischen Namen: sie nennen sie vorflucht (fluchtsal); und jeder Zweifel an der Bedeutung dieses Worts scheint

---

36 Konkursordn. § 23 flg. nach Mot. 98[1].

37 Ust. torg. (Handelsg.) 1932 flg.

1 Eine Ausnahme macht Laband, vermögensrechtliche Klagen §. 14 Nr. 7. Einige Notizen auch bei v. Meibom, das deutsche Pfandrecht 316.

2 Ssp. Lehnrecht 7 § 1; 58 § 2. Richtsteig Lehnrecht 30 § 2. Systematisches Schöffenrecht IV. 1. c. 23. Goslarer Statuten 28, Zeile 38 u. f. f. — Schwabensp. Landrecht c. 314, Lehnrecht 105. Stadtrecht von München Art. 111. Kleines Kaiserrecht II. 110.

3 Vgl. die vorige Note.

4 Bezüglich eines Mobile z. B. Stadtrecht von München Art. 111. Daz das rint emaln sein pfant sei gewesen an allen fluchsal (alias „fluchtsal").

ausgeschlossen, wenn wir dasselbe in den Quellen synonym mit betrigunge[5] oder mit vrevel[6] gebraucht finden.

Indeß giebt es auch eine Reihe von Quellenstellen, welche in unzweideutiger Weise ein Anfechtungsrecht der Gläubiger auf rein objektiver Basis wenigstens mit Bezug auf Immobiliargeschäfte ihres Schuldners anerkennen. Man wird hierbei nicht etwa unterstellen dürfen, die Quellen hätten die Arglist des Schuldners als selbstverständliche Bedingung der Anfechtung stillschweigend vorausgesetzt. Denn man erinnere sich, daß der Erwerber eines Immobile nach älterem deutschen Recht durch Jahr und Tag überhaupt eine höchst unsichere Rechtsstellung einnahm, daß er allen möglichen Anfechtungen seines Besitzes durch dritte Personen entgegensehen mußte und daß er schon mit Rücksicht hierauf den Regreßanspruch an seinen Autor möglichst sicherzustellen genöthigt war[7]. Bei einem Rechtszustande dieser Art hat es aber nichts auffallendes, wenn außer den nächsten Erben, dem Vorkaufs-, Leibzuchtsberechtigten u. s. f. auch die persönlichen Gläubiger des Verkäufers dessen Veräußerung anfechten können, und eine Erläuterung dieses Rechts durch Unterstellung eines Dolus des Schuldners ist nicht erforderlich. Im Gegentheil liegt die Muthmaßung nahe, daß diejenigen Quellen, die ein Anfechtungsrecht der Gläubiger nur bei „Fluchtsal" des Schuldners erwähnen, damit rein objektiv die spätere Flucht des Schuldners[8] oder zwar seine Arglist, aber doch nur als das häufigste Beispiel, nicht aber als allgemeine nicht zu entbehrende Voraussetzung der Anfechtung gemeint haben[9]. Von Stellen, die ein Anfechtungsrecht der Gläubiger ohne allen Dolus des Schuldners statuiren, erwähnen wir folgende:

---

5 Breslauer Willkür im Rechten Weg bei Laband 276 Note 13.

6 Goslar. Stat. 28, Zeile 38.

7 Vgl. deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren v. E. F. Rößler I. 61[4], wonach es Sitte gewesen ist, daß der Käufer den Kaufpreis erst zahlte, wenn er eine rechte Gewere erworben hatte.

8 So wohl Augsburger Stadtrecht Art. 149 erster Nachtrag, wo die Anfechtung faktisch nur auf einen zu billigen Verkauf des Schuldners ohne Rücksicht auf seinen Dolus gestützt wird. So auch Gosl. Stat. 28, Z. 35, da ebenda 67, Z. 64 flg. ein Dolus des Schuldners überhaupt nicht erwähnt ist, sondern nur seine Auswanderung und Zahlungsweigerung. Im Münchener Stadtrecht Art. 14 heißt „fluchtsal" überhaupt nur Flucht.

9 Freilich nicht alle Quellen! Syst. Schöff. IV. 1 c. 23 läßt z. B. keinen Zweifel, daß ein Gutsverkauf, der eynveldiclichin an alle undirscheit geschah, von den Gläubigern des Verkäufers nicht angefochten werden konnte. Sobald aber der Schuldner eine Schuld gerichtlich anerkannt und „by syme eygin" zu bezahlen gelobt hatte, — was doch schwerlich von einer eigentlichen Verpfändung zu verstehen ist —, so tritt auch nach dem eben genannten Rechtsbuch ein rein objektives Anfechtungsrecht ein a. a. O. IV. 2. c. 51.

a) Nach Bremer Stadtrecht[10] ist sowohl der Verkauf wie die Verpfändung eines Grundstückes durch den Schuldner binnen gewisser kurzer Frist den Gläubigern gegenüber anfechtbar.

b) Nach dem Recht der Stadt Lübeck ist der Verkauf eines Grundstückes anfechtbar, wenn der Schuldner binnen vier Wochen nach demselben die Flucht ergreift[11]. Auch ist die Begünstigung eines Gläubigers vor den andern hinfällig, wenn der Schuldner sie kurz vor seinem Tode auf dem Krankenbette vornimmt[12].

c) Nach Bamberger[13] und theilweise nach Magdeburger Recht[14] ist eine Grundstücksveräußerung gewissen gerichtlich anerkannten Forderungen gegenüber unwirksam.

d) Nach einem Schweizer Weisthum schaden Vergabungen der Eltern an ihre Kinder[15] den Gläubigern der ersteren nichts.

2. Mit Rezeption des römischen Rechts dringen in Deutschland die Grundsätze der paulianischen Klage ein, und das alte Anfechtungsrecht der Gläubiger geht mehr oder minder verloren. Nur äußerlich werden einzelne deutsche Institute dem neuen Recht angepaßt, und z. B. die Verjährungszeit der Klage auf 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage bestimmt. Auch wird selbstverständlich die Umbildung des Pandektenrechts durch die italienischen Juristen und namentlich die Gratifikationstheorie, theilweise sogar das positive Statutarrecht der italienischen Städte übernommen[16].

Dagegen hat sich das ältere Recht in einzelnen Städten unverändert erhalten. Das folgt namentlich für Bremen daraus, daß das obenerwähnte Gesetz von 1428 bis in die neuere Zeit formelle Geltung behalten hat; und in Lübeck enthält das revidirte Stadtrecht die ausdrückliche Bestimmung, daß jede Veräußerung und Verpfändung eines Immobile, vier Wochen vor der Flucht vom Schuldner vorgenommen, den Gläubigern gegenüber an-

---

10 Oelrichs S. 76. 78. 363 (z. B. Stadtrecht v. 1428 II. c. 50).

11 Codex II. 23: Weke he (der Verkäufer) auer en wech vorvluchtichliken binnen ver weken na der uplatinge, dat erve schal liegen binnen den suluen ver weken to alleme rechte, alse it un vor koft were. Ebenso cod. III. 130.

12 Hach, cod. II. 174.

13 Bamberger Recht (Zöpfl) 236: es soll trotz eines spätern Erbverkaufs „zu dem Ersten gericht werden von dem Erbe, das der Schuldiger gehabt hat zu den zeytten, do er der schulld bekannt hat“.

14 Vgl. Note 9.

15 Oder an andere Verwandte: es mag ein vatter wol sim kind geben.. un ein geswústergit dem andern vogtberi gútter . . ., und welher also geben wil daz sol thůn sinen rechten gelten unschädlich, die er dann zů mal hetti, Herrschaftsrecht von Rusek 1423, bei Grimm I. 171.

16 Carpzov., jur. for. p. II. c. 3. d. 20. Nr. 4. Vgl. auch noch ebenda p. III. c. 23 d. 21.

fechtbar ist. Beide Städte haben denn auch bei der Reformirung ihrer Gesetzgebung in diesem Jahrhundert das alte Recht im Wesentlichen beibehalten[17].

3. Die preußische Gesetzgebung ist unabhängig von der bisherigen Rechtsbildung vorgegangen. Schon das Allgemeine Landrecht statuirte für Schenkungen und für Leibrentenverträge eine besondere Anfechtung. Demnächst führte die Verordnung vom 26. April 1835 betr. die Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner eine Anfechtung gegen nahe Verwandte des Schuldners ein und verschärfte damit, anders wie die meisten ausländischen Gesetze, auch das nicht konkursmäßige Anfechtungsrecht der Gläubiger. Bei der Kodifikation des Konkursrechts 1855 fand sodann eine Annäherung an das französische Recht in seiner neuesten Gestaltung statt. Das System des preußischen Rechts, aus einer dreifachen Wurzel stammend, war dementsprechend ein sehr komplizirtes: Es waren anfechtbar

a) nur im Konkurse:

α. alle Rechtsgeschäfte des Schuldners, bei deren Abschluß der Gegner die Zahlungseinstellung des Schuldners als vollzogene Thatsache kannte,

β. gewisse Rechtsgeschäfte — Zahlungen auf Schuld vor Fälligkeit, freiwillige Pfandbestellungen, Angabe an Zahlungsstatt — auch ohne diese Kenntniß und auch wenn sie innerhalb der letzten zehn Tage vor der Zahlungseinstellung vorgenommen worden waren;

b) auch außerhalb des Konkurses:

α. alle Handlungen des Schuldners, mit denen dieser seine Gläubiger zu bevortheilen beabsichtigte, sofern der Gegner diese Absicht kannte, ebenso die beiderseitigen Scheingeschäfte,

β. alle Veräußerungen des Schuldners an nahe Verwandte, sofern der Gegner nicht nachwies, daß diese nämliche Absicht oder Kenntniß thatsächlich bei Abschluß des Vertrages nicht vorhanden war,

γ. freigebige Verfügungen, Leibrentenverträge und gewisse Veränderungen des ehelichen Güterrechts.

4. Die andern deutschen Staaten[18] schlossen sich dem Vorgang der preußischen Gesetzgebung an. In der preußischen Rheinprovinz[19] wurde

---

[17] Da aber der Verkäuffer flüchtig wird innerhalb vier Wochen nach der Verfassung, so muß das verkauffte Erbe gemelte vier Wochen zu jedermanns Rechte still stellen, als wenn es unverkaufft were. Rev. Lüb. Recht III. 6, Art. 1. Bezüglich der Verpfändungen ebenda III. 4, Art. 1. Ueber neueres Bremer und Lübecker Recht, Mot. 98. 106². Mevius, Comment. zu den angezogenen Stellen stellt natürlich, romanistisch beeinflußt, wie er ist, eine Dolusfiktion auf.

[18] Z. B. bayrische Prozeßordnung (1869) 1222 flg. Sachs. Weimar. G. v. 19. Juni 1867 (bezüglich der Anfechtung gegen Verwandte) u. s. f. Ueber andere Gesetze vgl. oben zu Nr. 2 und Mot. 98⁴, 132.

[19] G. v. 9. Mai 1859.

das französische Recht in seiner neuesten Gestalt rezipirt, in Baden[20] blieb im Wesentlichen das ältere System des code de commerce erhalten. Dagegen blieb Sachsen im Wesentlichen beim römischen Recht[21].

5. Das neueste Reichsrecht schließt sich im Wesentlichen an die preußischen Gesetze an, und zwar durch die Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877, § 22 flg. und das Reichsgesetz betr. die Anfechtung der Rechtshandlungen eines zahlungsunfähigen Schuldners vom 21. Juli 1879. Ein wesentlicher Unterschied gegen das preußische Recht wird nur in der dreifachen Richtung gemacht, daß

a) die Schein- und die Leibrentenverträge als solche nicht mehr besonders anfechtbar sein sollen;

b) die oben zu Nr. 3 a β bezeichneten übrigens nunmehr durch eine umfassendere Formel wiedergegebenen Handlungen dann nicht anfechtbar sind, wenn der Gegner bei ihrer Vornahme erweislich weder die Zahlungseinstellung des Schuldners noch dessen Absicht, ihn vor den andern Gläubigern zu begünstigen, gekannt hat;

c) daß wenigstens in einzelnen Fällen eine thätige Mitwirkung des Schuldners bei der anfechtbaren Handlung nicht mehr gefordert wird.

Kapitel drei.

Die prinzipiellen Grundlagen des Anfechtungsrechtes nach den Reichsgesetzen.

I. Theorie der Motive zur Reichskonkursordnung.

§ 4.

Während die prinzipielle Bedeutung der Anfechtung im römischen Rechte und ebenso in dem älteren französischen und englischen Rechte klar und unbestritten ist, bestehen über die grundsätzliche Bedeutung der heutigen reichsrechtlichen Anfechtung und anscheinend auch über die Zwischenbildungen, welche den Uebergang von jenen älteren Formen zu dem neuesten Recht historisch vermittelt haben, die erheblichsten Zweifel. Die ganze Bedeutung dieser Zweifel wird am klarsten hervortreten, wenn wir zunächst mit einer kritischen Darstellung derjenigen Theorie des Reichsrechts beginnen, welche von der in diesem Werke vertretenen Theorie am meisten abweicht.

Die Motive zur Reichskonkursordnung[1] und, wie leicht erklärlich mit

---

[20] Außer dem H.G.B. Prozeßordn. v. 18. März 1864. § 722 flg.

[21] Sächs. bürgerl. G.B. (1863) § 1509 flg.

[1] Mot. 126. 132 und oft, Prot. 27 flg. Prot. des Reichstags, Plenarsitzung vom 11. Juli 1879. S. 2269.

ihnen die herrschende Meinung[2], gründen die Anfechtungsschuld auf eine arglistige Handlung oder geradezu ein Delikt des Anfechtungsgegners. Nur die Anfechtung unentgeltlicher Verfügung mache hievon eine Ausnahme, insofern sie konditionenrechtlicher Natur und auf den Billigkeitsgrundsatz gestützt sei, daß derjenige, welcher Gewinn für sich erstrebe, hinter demjenigen zurückstehen müsse, welcher nur Schaden von sich abwenden wolle. In allen andern Fällen der Anfechtung sei nach ihren thatsächlichen Voraussetzungen der gute Glaube auf Seiten des Gegners ausgeschlossen.

Ob diese Auffassung in ihrem praktischen Endergebniß zutreffend ist, wird bei der Unklarheit des heutigen positiven Rechtes, welche im weiteren Verfolge unserer Darstellung noch oft genug zur Erörterung kommen wird, sehr zweifelhaft sein und für unsere diese Frage im Resultat verneinende Antwort vermögen wir einen schlechthin stringenten Beweis nicht zu erbringen. In der von den Motiven vorgebrachten Form ist dagegen diese „Dolustheorie" zweifellos unrichtig, und der nun folgende Beweis dieser unserer Kritik durchaus zwingend.

Zunächst konstatiren wir als unstreitig[3], daß die Dolustheorie die Anfechtbarkeit der Schenkungen nicht zu erklären im Stande ist und also das ganze System der Anfechtung in zwei selbständige, rechtlich fundamental verschiedene Stücke zerspaltet, derart, daß sogar der Gerichtsstand, und bei örtlicher Kollision der Gesetze auch das anzuwendende Recht für beide Gruppen verschieden sind[4]. Praktisch empfiehlt sich dies Ergebniß gewiß nicht.

In allen übrigen Fällen der Anfechtung nimmt nun die herrschende Meinung Dolus des Anfechtungsgegners an und hier erst erhält also unsere Kritik positivere Gestalt.

Erstlich finden wir in zwei sehr wichtigen Fällen der Anfechtung ein bestimmtes subjektives Verhalten des Gegners als positive Voraussetzung der Anfechtung überhaupt nicht, sehen vielmehr nur negativ die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Gegner seinerseits ein bestimmtes subjektives Verhalten, sei es bezüglich des Schuldners, sei es bezüglich der eigenen Person, als nicht vorhanden nachweist (K.O. § 23^2, 24^2 A.G. § 3^2). Für diese

---

2 Die gesammte Literatur giebt dafür zahlreiche Belege, z. B. Schulze 65, Wilmowski, Vorbem. zum dritten Titel der R.K.O. u. s. f. Vermittelnd fassen Mandry 513 flg. und Fitting 136 das Verhalten des Gegners als Quasidelikt — vgl. darüber § 5 — auf, entschiedene Gegner der Dolustheorie sind nur, abgesehen von den unklaren Bemerkungen Hartmann's — S. 5 flg. vgl. mit Anm. 3 zu § 7 — Dernburg II. 322; Eccius 608 flg. Vgl. auch Gruchot 25^{898}.

3 Abgesehen von dem freilich sehr charakteristischen Versuch, auch für die Schenkungen einen Dolus des Gegners nachzuweisen, ein Versuch, der sich schon bei Beisert 8 flg. und Schönemann 10, und jetzt bei Sarwey 135 und Korn 78 flg., 204 findet. Dagegen denn auch Otto 25 und die Andern.

4 Vgl. unten § 21 zu Note 8, § 40 Nr. 6.

Fälle nimmt nun die herrschende Meinung als Grund der Anfechtung „wirklichen aber präsumirten“ Dolus an; gerade in der Aufstellung dieser Präsumtion soll sogar der hauptsächlichste Fortschritt des Reichsrechts gegen seine Vorgänger liegen. Wir erachten dies für vollkommen verfehlt: denn ein „wirklicher aber präsumirter“ Dolus ist ein Widerspruch in sich selbst. Zwar weicht eine Rechtspräsumtion gewiß nicht so weit von der Wirklichkeit ab, wie eine Fiktion; denn sie kann ja von den Gegeninteressenten widerlegt werden, und die Thatsache, daß diese Widerlegung im einzelnen Falle nicht mit Erfolg geschieht, gewährt ganz zweifellos ein erhebliches Indizium für die sachliche Richtigkeit der Präsumtion. Aber doch nur ein Indiz. Jedermann weiß, warum man von einer Last des Beweises spricht; jedermann weiß, daß die Unmöglichkeit, die Richtigkeit einer Behauptung zu beweisen, noch nicht mit der Unrichtigkeit der letzteren identisch ist, daß weiter die Differenz zwischen Beweisbarkeit und Wahrheit besonders bezüglich innerer Thatsachen und in ganz eminentem Maße bezüglich negativer innerer Thatsachen, wie sie hier vom Anfechtungsgegner bewiesen werden müssen, sich geltend macht. Diese Differenz wird nun auch der Gesetzgeber nicht ignoriren, und nachdem er selbst durch eine ganz positive Verschiebung der Beweislast eine unparteiische Ermittlung des wahren Sachverhalts erschwert hat, das Resultat des Beweisverfahrens nicht für objektive Wahrheit ausgeben dürfen[5]. Eine Präsumtion ist und bleibt nichts als eine abgeschwächte Fiktion, da sie eine Thatsache zwar nicht sofort, aber doch schon dann, wenn ihr Gegentheil nicht bewiesen wird, für wahr erklärt. Damit verliert sie natürlich nicht allen Werth, so wenig etwa auch die eigentlichen Fiktionen gänzlich zu verwerfen sind. Im Gegentheil giebt es, wenn der Gesetzgeber zwei bestimmte Fälle, trotz ihrer thatsächlichen Verschiedenheit der nämlichen rechtlichen Behandlung unterwerfen will, gar keinen bequemeren und präziseren Ausdruck dafür, als die Verschiedenheit jener Fälle — statt für bedeutungslos — im Wege der Fiktion oder Präsumtion einfach für nicht vorhanden zu erklären. Das ist aber lediglich ein Mittel rein formaler juristischer Technik, und es kann darin niemals der eigentlich treibende materielle Grundgedanke des Gesetzgebers gefunden werden. Vielmehr wäre es einfach ein Zirkelschluß, wollte man eine auf einer Doluspräsumtion beruhende Bestimmung damit erklären, der sachlich unentbehrliche Dolus der Betheiligten sei „wirklich“, nämlich „präsumirt“ vorhanden. Vielmehr ist eben das, was gerechtfertigt werden muß, der Satz, daß der so wesentliche Dolus nicht bewiesen zu werden braucht, oder genauer, daß das Gesetz eine Rechtswirkung, welche eigentlich Dolus voraussetzt, auch in Fällen eintreten läßt,

[5] Dem entgegen meint Otto 25, eine Beweisregel könne für die Auffassung des materiellen Rechts nie maßgebend sein, während gerade das Umgekehrte wahr ist. Vgl. auch Grützmann 143 flg.

wo vielleicht ein Dolus nicht vorhanden ist. Diese materielle Rechtfertigung wird nun freilich meist darin gefunden, daß nach statistischen Ermittelungen in der Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle die Doluspräsumtion sachlich sich als zutreffend erweist. Was aber in der Mehrzahl der Fälle wahr ist, braucht nicht immer wahr zu sein, und es kann deshalb, will man diese Art der Anfechtung wirklich aus jenen statistischen Ermittelungen ableiten, der materielle Grund derselben nur darin gefunden werden, daß der Gegner des Dolus dringend „verdächtig“ ist. Ein Gesetzgeber aber, welcher sich mit einem bloßen Verdachte des Dolus begnügt, darf gerade um deswillen nicht sagen, daß die Voraussetzung seiner Bestimmung „wirklicher“ Dolus sei[6].

Bei einer dritten Kategorie anfechtbarer Handlungen, bei denjenigen Rechtsakten nämlich, welche der Gegner in Kenntniß der Zahlungseinstellung des Schuldners vorgenommen hat, sehen die Motive den Dolus des Gläubigers darin, daß er durch seine Handlung wissentlich den „Konkursanspruch“ der Gläubiger verletzt hat; dieser Konkursanspruch aber entstehe als die begriffliche Voraussetzung der Konkurseröffnung mit dem Augenblicke, wo deren materielle Bedingungen sich verwirklichen, da die Konkurseröffnung, wie jeder andere richterliche Beschluß, kein neues Recht schaffe, sondern nur ein bereits vorhandenes konstatire; der Konkursanspruch selbst gehe aber auf eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners. Wir wollen nun von einer näheren kritischen Prüfung dieses sog. Konkursanspruchs an dieser Stelle absehen[7]. Indeß scheint uns auf der Hand zu liegen, daß die Konstruktion eines solchen Begriffes a priori auf eine bloße Paraphrase des Gesetzes hinausläuft und deshalb im Grunde wenig besagt. Mit demselben Rechte könnte man ja auch von einem Anspruch des Klägers auf Litispendenz oder auf Arrestlegung bereits vor Zustellung der Klage beziehentlich des Arrestbeschlusses sprechen, ohne daß man hoffen darf, dadurch für das positive Recht ein Ergebniß zu erlangen[8]. Aber

---

[6] Dagegen Mot. 126. 132. Auch Reichsg. 4^{435} spricht von einer Vermuthung des Dolus in diesem Falle. Ebenso Entsch. 42^{97}, Strieth. 74^{38}, Gruchot 24^{1068} und Dernburg II. 327, während R.O.H.G. 21^{418}, Beisert 22 flg., Hartmann 56 und sehr ausführlich Sutro bei Gruchot 5^{201} die Doluspräsumtion wenigstens im praktischen Resultat ablehnen. — Auch die englische Praxis nimmt an, es müsse der Gegner zur Vermeidung der Anfechtung seinen guten Glauben beweisen, ohne dies als Präsumtion seines Dolus aufzufassen. Robson, law of bankr. 563.

[7] Gegen diesen Fitting 17^{7}, Mandry Aufl. 1 S. 381^{14}, Otto S. 19 flg., während Schulze S. 10 flg. denselben zur Grundlage des ganzen Konkursrechts zu machen sucht, und v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation im Konkurse (1881) S. 50 flg. den Konkursanspruch auch auf das österreichische Recht überträgt.

[8] Wenn nach positiver Bestimmung auch nach der Zahlungseinstellung ein Rechtsgeschäft des Schuldners unanfechtbar ist, finden auch die Motive 121 plötzlich,

auch wenn man wirklich den Konkursanspruch als ein privates Recht der Gläubiger anerkennt, so ist damit für die Dolustheorie nichts gewonnen. Der Konkursanspruch ist doch nur ein bedingtes Recht, bedingt durch den Antrag auf Konkurseröffnung, durch eine gewisse Höhe des schuldnerischen Vermögens und endlich durch das Vorhandensein eines bestimmten Gerichtsstandes. So lange diese Bedingungen nicht erfüllt sind, wird selbst der gewissenhafteste Geschäftsmann mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß es faktisch nicht zum Konkurse kommt, und er kann deshalb selbstverständlich sein Verhalten nicht blos mit Rücksicht auf den vielleicht gar nicht eintretenden Konkursfall bestimmen. Lehrt doch die tägliche Erfahrung, daß noch wenige Tage vor der Konkurseröffnung selbst im Kreise der Eingeweihten die größte Ungewißheit darüber herrschen kann, ob der gerichtliche Konkurs Thatsache werden oder ein außergerichtlicher Akkord zu Stande kommen wird. Und nun denke man sich in die Lage eines Gläubigers, dem in diesem Stadium eine Zahlung oder eine Sicherstellung seitens des Schuldners angeboten wird, oder der einen Gerichtsvollzieher bereits mit der Exekution gegen den Falliten beauftragt hat. Man erwäge, daß dieser Gläubiger, wenn er das Angebot seines Schuldners zurückweist oder den Auftrag an den Gerichtsvollzieher widerruft, und es demnächst nicht zum Konkurse kommt, allen denjenigen den Vorrang vor sich einräumen muß, welche weniger skrupulös wie er die freiwillige Zahlung angenommen oder die Zwangsvollstreckung fortgesetzt haben. Alsdann wird man unzweifelhaft die Annahme der Zahlung und die Fortsetzung der Exekution nicht entfernt mit der herrschenden Meinung für ein Delikt[9], sondern die Unterlassung beider Handlungen vielmehr für eine kaum qualifizirbare Thorheit des Gläubigers erklären. Offenbar thut doch der Gläubiger den rigorosesten Anforderungen, die ein Gesetz an ihn stellen kann, Genüge, wenn er die Sicherung oder Befriedigung, die er für den Fall der Konkurseröffnung nicht behalten darf, einstweilen annimmt, und nur später, wenn der Konkurs wirklich eröffnet ist, das Empfangene zurückgewährt[10].

Bei einer vierten Kategorie von Fällen, bei den Handlungen, welche der Schuldner in der dem Gegner bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu schädigen, begegnet die Dolustheorie den wenigsten Be-

---

daß man gegen die Gläubiger eines Dritten auch nach der Zahlungseinstellung desselben „keinerlei Pflichten" habe.

[9] Strieth. 74[110]. Vgl. freilich ebenda 74[96].

[10] Charakteristisch ist es, daß der strengste Vorkämpfer der Dolustheorie, Meischeider 50, gegen die Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz den Gegenbeweis des guten Glaubens zuläßt. Das italienische Handelsgesetzbuch 709[1] gestattet diesen Gegenbeweis übrigens ausdrücklich, und auch die französischen Juristen sind demselben geneigt. Sirey-Gilbert, c. d. c. annoté art. 446 Nr. 32 flg., Pardessus, cours du droit comm. III. Nr. 1120, Rousseau 203. 206.

denken. Aber selbst hier müssen wir mit voller Bestimmtheit diese Theorie für unzutreffend erklären; denn wenn der Gegner auf den streitigen Rechtsakt eingeht, weil er selbst den von dem Schuldner gewollten Erfolg zu vereiteln gedenkt oder sonst nicht an die Verwirklichung jener Absicht glaubt, so ist er, aller Theorie ungeachtet, thatsächlich eben nicht in dolo, und sein Verhalten ist vielleicht thöricht, aber nicht dolos.

Und nun endlich die fünfte Kategorie, für die Kritik der herrschenden Meinung wohl die lehrreichste! Anfechtbar ist die Sicherung ehefräulicher Illaten seitens des insolventen Ehemanns. Hier ist von Dolus keine Rede [11], aber auch eine Schenkung oder eine unentgeltliche Verfügung des Schuldners liegt nicht immer vor. Ein insolventer Schuldner klagt z. B. seiner Ehefrau, er habe in seinem Geschäfte die Hälfte ihres baar eingebrachten Vermögens bereits verloren und würde die andere Hälfte auch verlieren, wenn er nicht neues Kapital in die Hand bekomme; und nun vereinbaren die Ehegatten, daß die Frau dem Manne die Versilberung ihres übrigen in Hypotheken angelegten Vermögens gestatte, der Ehemann dagegen den gesammten Illatenanspruch der Frau, einschließlich des bereits verlorenen Baarvermögens auf seinem Grundstücke sicherstelle. Hier liegt also ein entgeltliches, vollkommen redliches Geschäft vor, und doch ist es nach dem zweifellosen Wortlaut des Gesetzes anfechtbar. Es scheint also, als habe die herrschende Theorie, wenn sie nur dolose oder unentgeltliche [12] Geschäfte für anfechtbar hält, die ganze Nro. 2 von K.O. § 25 und die Nro. 4 von § 3 Anfechtungsgesetz einfach übersehen, ein allerdings recht eigenthümlicher Beitrag zur Kritik der herrschenden Theorie [13].

II. Die Anfechtungsschuld als obligatio quasi ex delicto.

§ 5.

Die Ausführung des vorigen Paragraphen hat zweifellos ergeben, daß die thatsächlichen Voraussetzungen der Anfechtung in einer ganz erheblichen Anzahl von Fällen nach heutigem positivem Rechte einen Dolus oder sonst ein Verschulden der Betheiligten nicht enthalten. Damit ist erwiesen, daß die Anfechtungs-Obligation auf einer eigentlichen Deliktsschuld nicht beruht.

---

[11] Wenn man ihn nicht mit Korn 86 fingiren will.

[12] Oder hat § 25² K.O. stillschweigend nur eine unentgeltliche Sicherstellung für anfechtbar erklären wollen? Dann wäre aber die ausdrückliche Erwähnung dieser Sicherstellung neben der doch gewiß umfassenden Kategorie der „unentgeltlichen Verfügungen" überraschend ungenau.

[13] Schließlich kann noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß auch die Begünstigung des stillen Sozius durch den Geschäftsinhaber anfechtbar ist und doch nicht auf wirklichem Dolus beruht. Vgl. § 38 Nr. 4.

Nun ist freilich noch eine andere Begründung der Dolustheorie denkbar. Auch wenn die thatsächlichen Voraussetzungen der Anfechtung ein wirkliches Delikt der Betheiligten nicht nothwendig ergeben, könnte auf Grund der geschichtlichen Entwickelung des Instituts oder mit Rücksicht auf die positive Normirung des Inhalts der Anfechtungsobligation der Deliktscharakter des Anfechtungsrechts dennoch als von dem Gesetzgeber bestimmt gewollt erscheinen. Wir würden jene alsdann als eine obligatio quasi ex delicto bezeichnen dürfen oder, was damit praktisch auf eines hinausläuft, die Anfechtung auf einen fingirten Dolus der Betheiligten gründen[1].

Allein zunächst der historische Zusammenhang rechtfertigt diese Auffassung nicht. An das römische Anfechtungsrecht kann das Institut in seiner heutigen Gestalt nicht angeschlossen werden; denn wenn das Reichsrecht auch mehrfach die Betheiligung des insolventen Schuldners und zumal eine dolose Betheiligung desselben an der anfechtbaren Handlung für wesentlich erklärt und sich damit der römischen Grundanschauung zweifellos nähert, so läßt es doch auf der andern Seite seinen Dolus in der Mehrzahl der Fälle außer Ansatz und sieht sogar in zwei weiteren Fällen — bei der Anfechtung der Zahlungen und der Gratifikationen — von seiner thätigen Mitwirkung überhaupt ab. Da ferner im römischen Recht das Uebergewicht der Deliktsschuld stets auf dem Kridar lastet, ist der Kridar auch der eigentliche prinzipale Schuldner der Anfechtungsobligation und nur unwesentlich und accessorisch tritt neben seine Verpflichtung die seines Mitkontrahenten. Nach dem Reichsrechte dagegen ist die Verpflichtung des Mitkontrahenten nicht blos immer wesentlich, sondern es findet neben ihr eine Verpflichtung des Kridars gar nicht statt. Das sind fundamentale Gegensätze! Es erscheint uns ganz unmöglich, dieser Gegensätze ungeachtet das moderne Recht auf das römische zurückzuführen. Diese Zurückführung ist aber auch unhistorisch gedacht. Denn sie unterschätzt die Rechtsentwickelung des ganzen Mittelalters trotz der oben von uns geschilderten biegsamen und bildsamen Gestaltung derselben. Sie übersieht, daß im Gegensatz dazu das römische Recht da, wo es noch heute gilt, starr und jeder inneren Entwickelung unfähig, denselben Standpunkt einnimmt, wie zur Zeit des Prätor Paulus, und daß die gemeinrechtliche Jurisprudenz es auch nicht verstanden hat, aus der eine Zeit lang herrschenden Gratifikationstheorie das berechtigte Moment derselben auszuscheiden und im Wege des Gewohnheitsrechtes der paulianischen Klage einzufügen[2].

---

[1] So Fitting und Maudry an den § 4 Note 2 bezeichneten Stellen und für einen speziellen Fall auch R.O.H.G. 10^{248} flg.

[2] Trotzdem sagt z. B. Maudry 510, das heutige Anfechtungsrecht beruhe auf demselben Grundgedanken, wie das römische; auch Otto's Werk geht von der gleichen Grundauffassung aus, ebenso die Note 1 zitirte Entscheidung.

Historisch läßt sich das heutige Reichsrecht vielmehr nur an die mittelalterliche Gestalt des Anfechtungsrechtes anknüpfen. Nun ergiebt sich freilich auf den ersten Blick auch von diesem Standpunkte aus eine Reihe von Momenten, welche auf eine Konstruktion der Anfechtungsschuld quasi ex delicto hinzuweisen scheinen. Von den italienischen Statutarrechten bis in die neuesten Gesetzbücher und in die Praxis und Theorie des heutigen französischen Rechts[3] findet sich immer wieder der Gedanke, der Kridar und sein Mitkontrahent sei bei Abschluß der anfechtbaren Geschäfte präsumtiv dolos und hafte als Deliktschuldner. Indeß beachte man, wie das moderne Recht, insbesondere die preußische und die Reichsgesetzgebung fort und fort gerade bezüglich der subjektiven Bedingungen der Anfechtung gegen die früheren Gesetze zu ändern hatte. Die herrschende Meinung wird freilich hierin gerade den Versuch sehen, die Doluspräsumtion des älteren Rechtes noch schärfer zu betonen und sie nur den thatsächlichen Verhältnissen genauer anzupassen. Dies ist aber eine ganz willkürliche Supposition. Die Dolus-Präsumtion oder -Fiktion des älteren Rechtes ist vielmehr ein juristisch so roher, praktisch so plumper Gedanke, daß man in demselben höchstens den äußeren Anstoß, wenn man will das M o t i v zu der neueren Gesetzgebung, nicht aber das noch heute fortgeltende m a t e r i e l l e P r i n z i p der Anfechtung erblicken darf. Der positive, wirklich juristische Gedanke der neueren Gesetzgebung ist vielmehr ein ganz anderer und wird weiter unten noch speziell zu entwickeln sein.

Jedenfalls ist die Rechtsentwickelung auch im Laufe des Mittelalters und der Neuzeit keine derart klare, daß dieselbe für sich allein dazu ausreichte, einer bestimmten Theorie des modernen Rechtes als Beweis zu dienen. Im Gegentheile ist für das preußische Recht, nach der unbedingt herrschenden Ansicht[4] die Annahme eines Quasidelikts auf Seite des Anfechtungsgegners ausgeschlossen; der Gegner haftet dort nicht nach Deliktsgrundsätzen[5], der Unterschied einer anfechtbaren und einer verbotenen Handlung[6] wird energisch betont u. s. w.[7]. Bedenkt man nun, daß die Reichsgesetze

---

[3] Vgl. oben § 2, unten § 24 Note 19, und von französischen Juristen z. B. Delamarre et Le Poitvin, droit commerc. VI. 317, Boulay-Paty, des faillites 35, Alauzet, comment. VI. Nr. 2497 u. s. f.

[4] Ueber das Obertribunal vgl. unten § 7. Dort auch die dissentirende Literatur.

[5] R.O.H.G. 21[418].

[6] R.O.H.G. 2[301]. 25[33].

[7] Vielfach wird für eine entgegengesetzte Auslegung des preußischen Rechts die Autorität des R.O.H.G. angeführt und zwar speziell die Entscheidung 10[248]. Allein mit Unrecht.

a) Das R.O.H.G. hat dort allerdings angenommen, bei der Anfechtung einer Gratifikation gelte der Gegner als Deliktschuldner. Die Begründung dieses Satzes ist indeß nicht überzeugend. Einmal wird daraus ein argumentum a contrario

die wesentlichen Bestimmungen des preußischen Rechtes Wort für Wort wiederholen, und materiell, soweit es hier in Betracht kommt, nur die einzige Aenderung vornehmen, daß sie dem Gegner bei der Anfechtung der Gratifikationen den kaum praktikabeln Beweis einer gewissen Sachunkenntniß zulassen, so erscheint es sehr wenig wahrscheinlich, daß sie die eigentlichen fundamentalen Prinzipien des preußischen Rechts geradezu in ihr Gegentheil verkehrt haben sollten.

Weit gewichtiger spricht dagegen für die Annahme eines Quasidelikts, daß das positive Reichsrecht die Anfechtungsobligation — im Gegensatz zu den preußischen Gesetzen — ihrem Umfange nach theilweise nach Deliktsgrundsätzen normirt. Insoweit ist denn auch unumwunden anzuerkennen, daß die Dolustheorie der Motive nicht blos diese selber, sondern auch das positive Recht maßgebend beeinflußt hat. Kommt dazu die formale Autorität, welche der Dolustheorie durch ihre Vertheidigung seitens der Motive zu Theil geworden ist, so scheint in der That eine Ablehnung derselben unmöglich. Indeß werden wir sehen, daß die Autorität der Motive gerade im Bezug auf die hier einschlagenden Detailfragen eine ganz besonders problematische ist. Die Normirung der Anfechtungsobligation ihrem Inhalte nach weist denn auch in einzelnen Detailbestimmungen auf eine mit der Dolustheorie unvereinbare Grundauffassung hin und ist da, wo sie

---

genommen, daß nur der gutgläubige Geschenknehmer blos auf die Bereicherung hafte; allein dies Argument ist sachlich unbegründet — vgl. unten § 44 zu Note 9 — und würde ebensogut bei der Anfechtung gegen Verwandte für deliktische Haftung des Gegners beweisen, wo doch das R.O.H.G. selbst streng restitutorische Haftung annimmt. Sodann — und zwar mit allem Nachdruck — wird die Analogie des römischen Rechts mit der Behauptung angeführt, das preußische und römische Recht stimme grundsätzlich überein. Dafür wird als einziger Beweis die Autorität des preußischen Obertribunals zitirt, obwohl dieses doch gerade nach den Ausführungen des R.O.H.G. sowohl das römische wie das preußische Recht grundsätzlich mißversteht, für diese Frage also seine Autorität mehr wie problematisch sein dürfte.

b) Das R.O.H.G. verneint gerade in dem hier erörterten Erkenntniß für die Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz den Dolus des Gegners. Warum soll man aber für einen Fall der Anfechtung durch eine Dolusfiktion die Fühlung mit dem römischen Recht künstlich herstellen, wenn man für andere Fälle der Anfechtung den Mangel solcher Fühlung selbst anerkennt? Und wie eigen, daß das R.O.H.G. den Dolus des Gegners gerade für die Anfechtung der Gratifikationen annimmt, bei denen die herrschende Meinung zur Durchführung der Dolustheorie eine Aenderung des früheren Rechts — nämlich die Zulassung der oben im Text erwähnten Einrede — für nöthig erachtet hat, und daß umgekehrt der Dolus da abgelehnt wird, wo die herrschende Meinung denselben ohne Aenderung des bestehenden Rechts als vorhanden ansieht!

c) In anderen Entscheidungen verwirft das R.O.H.G. die Dolustheorie ausdrücklich. Vgl. die beiden vorigen Noten.

deliktischen Grundsätzen folgt, in sich ganz besonders widerspruchsvoll[8]. Noch entscheidender ist aber eine zweite Erwägung. Die Konstruktion des Anfechtungsrechts als eines Anspruchs quasi ex delicto setzt zwar sicher kein eigentliches Delikt des Verpflichteten, aber doch immer ein Verhalten desselben voraus, welches einen gewissen Vorwurf für die Betheiligten involvirt und also doch wenigstens einige Analogie mit einem Delikte hat. Dies ist nun aber bei den anfechtbaren Handlungen so, wie das Reichsrecht deren thatsächliche Eigenschaften nun einmal positiv normirt hat, entschieden nicht der Fall. Wir erinnern namentlich daran, daß nach positivem Recht — K.O. § 23[1] Satz 2. — eine Handlung anfechtbar sein kann, deren Unterlassung einfach eine vollkommene Thorheit des Anfechtungsgegners sein würde. Auf weitere Details kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden; es genügt aber hier zu betonen, wie es im höchsten Grade unwahrscheinlich sein würde, daß das Gesetz eine Handlung wie die zuletzt bezeichnete als ein Quasi-Delikt aufgefaßt hat.

III. Die Anfechtungsschuld als gesetzliche Obligation.

§ 6.

Wenn die Anfechtungsschuld nach unserer vorstehenden Ausführung weder auf einem Delikt noch auf einem Quasi-Delikt des Gegners beruht, und ihre Zurückführung auf eine dinglich wirkende Beschränkung der schuldnerischen Dispositionsbefugnisse[1] ebenfalls nicht zulässig ist, so bleibt eine andere Konstruktion der Anfechtungsschuld nicht übrig, als dieselbe einfach als eine obligatio e lege aufzufassen[2]. Sie wäre alsdann dahin zu erklären, daß das Gesetz in gewissen Fällen von dem Empfänger einer Zuwendung die Rückgabe derselben mit Rücksicht auf die Insolvenz des Gebers jener Zuwendung verlangt.

---

[8] Es handelt sich um folgende Fragen: a) Haftet jeder Theilnehmer an der anfechtbaren Handlung oder nur der, der eine Zuwendung erhalten hat? b) Haftet der Gegner eventuell nur in Höhe dieser Zuwendung und trägt er dabei deren Gefahr? c) Kann er den Gläubigern auf ihren Anspruch dasjenige in Anrechnung bringen, was er dem Schuldner bei Vornahme des anfechtbaren Aktes als Entgelt gegeben hat, auch wenn es an die Gläubiger nicht gelangt ist? d) Hat er wegen der Anfechtung an den bei der anfechtbaren Handlung betheiligten Schuldner einen Regreßanspruch? Es wird nun die Frage zu c im Sinne der Deliktstheorie entschieden, jedoch, wie im Text angedeutet, in zwiefacher Weise bedenklich — vgl. unten § 47. — Die Frage zu a und d wird dagegen in K.O. § 27. 31 Abs. 2 in unserem Sinne entschieden — unten § 18 zu Anm. 7 und § 47 — Frage b bleibt endlich zweifelhaft — unten § 18. 44 Nr. 2.

[1] Vgl. unten § 43.

[2] So Eccius I. 608, übrigens ohne nähere Begründung.

Dies ist freilich nur eine Paraphrase des Gesetzes und deshalb nicht geeignet, uns ein tieferes Verständniß des Anfechtungsrechts zu eröffnen, so wenig wie durch die Paraphrase des § 23[1] K.O., welche die Motive durch die Aufstellung ihres sog. Konkursanspruches versucht haben, ein intimer Einblick in das Gesetz zu gewinnen war. Indeß glauben wir doch, daß, wenn wir die historische Entwickelung des Anfechtungsrechts mit in Erwägung ziehen, der eben angedeuteten Zurückführung des Anfechtungsrechts auf ein gesetzliches Postulat eine tiefere Bedeutung abzusehen ist.

Wir meinen, daß das gesetzliche Postulat, welches bei einer bloßen Umschreibung des Gesetzestextes sich lediglich auf die Zeit bezieht, in welcher das Anfechtungsrecht zur praktischen Durchführung kommt, auf eine frühere Zeit, auf die Zeit, in welcher der anzufechtende Rechtsakt vorgenommen ist, zurückbezogen werden kann. Das Postulat bedeutet alsdann selbstverständlich nicht ein Verbot dieses Rechtsaktes, denn wir haben bereits ausgeführt, daß das Gesetz unmöglich dem Gläubiger die Annahme einer Zahlung seitens seines insolventen Schuldners oder der Ehefrau eines vielleicht noch solventen Kaufmanns die Sicherung ihres Illatenanspruchs wirklich verboten haben kann. Vielmehr kann das Gesetz nur gewollt haben, daß der Gegner beim wirklichen Eintritt des Konkurses die Zuwendung, welche er anfänglich ruhig annehmen durfte, den Gläubigern des Schuldners zur Disposition stellen oder mit anderen Worten, daß er jene Zuwendung nur mit dem Risiko der späteren Anfechtung annehmen soll, daß er sich also auf die mit der Anfechtung für ihn verbundenen Nachtheile von vornherein gefaßt macht. Ein anderer Ausdruck hiefür, der an die Erörterungen des einleitenden Kapitels dieses Buches anknüpft, ist, daß das Gesetz von dem Empfänger einer Zuwendung verlangt, er solle die Gefahr der Insolvenz des Gebers dieser Zuwendung in Höhe der letzteren übernehmen[3].

Die Bedeutung der so versuchten Konstruktion des heutigen Anfechtungsrechts liegt auf der Hand. Sie gewährt einen Gesichtspunkt, von dem aus das subjektive Verhalten des Gegners bei der Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit gleichmäßige Berücksichtigung finden kann. Sie gewährt ferner einen Gesichtspunkt, von dem aus statt der starren Deliktsschuld des Gegners, von welcher die herrschende Meinung spricht, eine mannigfache Abstufung seines Verschuldens und selbst bei allem guten Glauben des Gegners eine subjektiv motivirte Verantwortlichkeit desselben

---

[3] Die Zurückführung der Anfechtung auf gesetzliche Postulate ist so sehr der Natur der Sache entsprechend, daß selbst die Anhänger der Dolustheorie dieselbe gelegentlich anerkennen. So Mot. 126 zu K.O. § 23[2]: „präsumtiv kenne der Gegner die Begünstigungsabsicht oder wenigstens wird man von ihm verlangen dürfen, daß er sich nach den bestehenden Verhältnissen erkundige." — Freilich versteht man kaum, wie die Motive von diesem Standpunkt aus den Gegner, der die Erkundigungspflicht verabsäumt, für dolos erachten.

angenommen werden kann. Sie gewährt ein Prinzip, dessen maßgebende Bedeutung — anders wie das Deliktsprinzip — auch bei der Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen nicht versagt. Sie gewährt endlich, wie wir später sehen werden, die Möglichkeit, eine künftige Gesetzgebung von dem Zwange der Kasuistik zu befreien, unter welchem das heutige Reichsrecht noch in erheblichem Maße befangen ist.

Und zwar ist der eigentliche Grundgedanke des gesetzlichen Postulates, wie wir dasselbe verstehen, der, daß jeder, welcher aus einem fremden Vermögen eine Zuwendung empfängt, verpflichtet ist, nicht blos die dinglichen Lasten, sondern ebenso die allgemeine Bestimmung dieses Vermögens zur Befriedigung auch der persönlichen Schulden seines Besitzers zu respektiren. Natürlich nicht allgemein; denn der Verkehr würde die Last einer derartigen gesetzlichen Anforderung alsdann nicht ertragen können. Aber doch in allen denjenigen Fällen, in welchen nach der Art der Zuwendung, nach den besonderen Beziehungen zwischen Geber und Empfänger, der speziellen Kenntniß des Empfängers von der kritischen Lage des Gebers u. s. f. jenes gesetzliche Postulat den Gegner nicht allzu schwer belastet.

Diese unsere Auffassung scheint nur auf den ersten Blick als ein erfundenes, historisch nicht zu begründendes Recht, ist vielmehr genau besehen lediglich das Resultat der geschichtlichen Rechtsentwickelung. Wir haben in derselben zwei Extreme kennen gelernt, die Beschränkung der Anfechtung auf Fälle eines dolosen Verhaltens und die Festsetzung einer Anfechtung auf rein objektiver Grundlage ohne alle Rücksicht auf den guten Glauben des Gegners. Wir lernten eine rein äußerliche Vermittelung dieser beiden Gegensätze in der Auffassung kennen, daß der anfechtbare Akt einfach als dolos zu präsumiren oder zu fingiren sei; wir sahen endlich den Versuch, statt solcher willkürlichen Präsumtion in engen Schranken das subjektive Verhalten des Gegners positiv zu berücksichtigen. An dieses letzte Stadium der Entwickelung schließt sich nun das Reichsrecht, wie wir es auffassen, an. Wir haben keine Präsumtionen oder Fiktionen des Dolus mehr und kehren doch weder zu dem einen noch zu dem andern Gegensatze zurück, von welchem die Rechtsentwickelung ihren Ausgang genommen hat. Wir stützen die Anfechtung vielmehr zunächst auf eine objektive Grundlage, und nur bei Begrenzung der Passivlegitimation des Gegners nehmen wir auch auf sein subjektives Verhalten Rücksicht. Unsere Konstruktion spezieller gesetzlicher Postulate ist nur ein möglichst präziser Ausdruck für diese unsere Grundauffassung, ein Ausdruck, der zugleich allein im Stande ist, den geistigen Zusammenhang zwischen den mannigfachen objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung klarzustellen.

Dabei ist nun freilich zuzugeben, daß unser positives Recht in einzelnen Beziehungen in ähnlicher Weise wie das römische Recht die subjektive Seite der Anfechtung derartig betont, daß unsere Theorie insoweit entbehrlich

erscheint, und die Annahme eines Quasi-Delikts des Gegners sachgemäßer sein möchte. Indeß ist, wie wir sehen werden, unsere Theorie auch mit einer solchen Gestalt des Anfechtungsrechts immerhin verträglich, und es giebt daneben noch Anfechtungsfälle genug, deren Charakter überwiegend ein objektiver ist und der prinzipiellen Erklärung, wie unsere Theorie sie versucht, nicht entrathen kann.

Dies gilt zunächst für die Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen. Der Satz, daß derjenige, welcher zu gewinnen suche, hinter demjenigen zurückstehen müsse, welcher blos einen Verlust von sich abzuwenden bestrebt sei, erklärt diesen Fall der Anfechtung nicht ausreichend. Eine so vage Ableitung würde einen so präzisen Rechtssatz wie den unsern nur verdunkeln. In Wahrheit soll ja die Abwendung von Verlusten nicht generell dem Erzielen von Gewinn vorgezogen werden, was im Grunde auf eine Art Unfallversicherung des gesammten Verkehrs auf Kosten der Geschenknehmer hinauslaufen würde. Der Vorzug besteht vielmehr lediglich da, wo der Gewinn und der Verlust auf ein und dasselbe Vermögen Bezug hat, wo der Gewinn gerade Geschenke aus diesem Vermögen und der Verlust Forderungen gerade an den Besitzer dieses selben Vermögens betrifft. Diese letzten speziellen Momente sind aber offenbar das entscheidende, und nicht jener vage, juristisch absolut unhaltbare Billigkeitsgrundsatz. Die Verpflichtungen einer Person aus onerosem Titel sollen eben für den Fall der Insolvenz des Schuldners einen Vorzug vor den Geschenken des letzteren haben. Mit anderen Worten: jedes Vermögen ist zu Gunsten der Gläubiger des Besitzers in der Weise gebunden, daß Schenkungen aus demselben nur unbeschadet dieser Forderungen gemacht werden können. Hier steht also die objektive Gebundenheit des schuldnerischen Vermögens zweifellos fest. Erwägt man nun, daß der unentgeltliche Erwerb und speziell die Schenkungen außerhalb des gewöhnlichen wirthschaftlichen Verkehres stehen, und daß es deswegen dem Empfänger leicht zugemuthet werden kann, solchen Erwerb als einen prekären anzusehen, der ebenso wie er zufällig gewonnen ist, auch zufällig wieder verloren gehen kann, so ist damit neben dem objektiven auch das subjektive Moment gegeben, welches für diesen Fall der Anfechtung charakteristisch ist. Wenn nämlich das römische Recht den gutgläubigen Anfechtungsgegner auch bezüglich oneroser Geschäfte zur Herausgabe der ihm schließlich zu Theil gewordenen Bereicherung verpflichtet, so war dies allerdings eine rein objektive Beschränkung seiner Haftung, da er bei Abschluß des Geschäftes jene Bereicherung als Resultat derselben nicht voraussehen konnte und da weiter auch, nachdem die Bereicherung definitiv eingetreten war, er sich bei seinen geschäftlichen Unternehmungen auf die Dauerhaftigkeit dieses rein geschäftsmäßigen Gewinnes verlassen mußte. Die Römer haben denn auch nicht entfernt daran gedacht, einem Kaufmann zuzumuthen, daß er den Reingewinn jeder ge-

werblichen Unternehmung zunächst als einen unsicheren betrachten sollte. Dem entgegen liegt die prinzipielle Verschiedenheit der reichsrechtlichen Anfechtbarkeit eines Erwerbes, der von vornherein ein unentgeltlicher war, klar zu Tage. Hier ergiebt sich, wie zwischen den Zeilen des Reichsgesetzes zu lesen, das einfache gesetzliche Postulat: man soll einen unentgeltlichen Erwerb stets nur als einen prekären annehmen und behalten, um der Gläubiger desjenigen willen, aus dessen Vermögen der Erwerb gekommen ist, und soll für den Fall der Insolvenz des letzteren das Geschenk zurückgewähren; erst nach Jahresfrist soll man den Erwerb als endgiltig gewonnen betrachten.

In ähnlicher Weise erhalten wir als ein zweites gesetzliches Postulat folgenden Grundsatz: die Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse soll eine dauernde sein, so daß auch die Gläubiger eines jeden Gatten sich auf ihren Bestand verlassen dürfen; wer durch Abänderung dieser Güterverhältnisse einen Erwerb macht, soll also beachten, daß er damit den Gläubigern jedes der Ehegatten einen Nachtheil nicht zufügen darf, und soll deshalb den Erwerb nur mit der Gefahr der Anfechtung belastet annehmen.

Auch bei der Anfechtung der Verträge mit Verwandten und der Gratifikationen ist die objektive Seite der Anfechtung überwiegend. Die bloße statistische Erwägung, daß in der Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle den Schuldner oder den Gegner der Vorwurf der Unredlichkeit trifft, ist für unser Gerechtigkeitsgefühl keine ausreichende Begründung der Anfechtung dem gegenüber, der einmal das Unglück hat, eine Ausnahme von dieser statistischen Regel zu bilden. Und ebenso wenig ist der Hinweis darauf zureichend, daß ja dem Gegner der Beweis seiner Redlichkeit freigestellt ist[4]. Wir müssen also aus dem Gesetz, von der Unredlichkeit des Schuldners und des Gegners unabhängig, ein objektiv wirkendes Recht der Gläubiger gegenüber dem schuldnerischen Vermögen herauslesen, ein Recht, welchem sich auch der redliche Gegner unterwerfen muß, so gut wie der redliche Besitzer einer fremden Sache der rei vindicatio des Eigenthümers. Daneben tritt dann nur sekundär auch ein subjektives Moment. Bei der Anfechtung der Gratifikationen ist dies die Auffälligkeit dieser Geschäfte, die nach ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit dem Gegner die spezielle Erwägung der Solvenz des Schuldners nahelegen. Nicht etwa, daß hieraus eine Präsumtion der Unredlichkeit des Gegners zu entnehmen wäre. Wohl aber kann dem Gegner in einem Falle dieser Art zugemuthet werden, daß er die Solvenz seines Schuldners ernstlich prüft, daß er die Chance einer Konkurseröffnung über das Vermögen seines Schuldners bedenkt und daß er demnächst die Gratifikation nur als einen Erwerb von ungewissem Bestande, ohne sich auf seine Dauerhaftigkeit zu verlassen, annimmt. Bei den

[4] Das ist oben § 4 zu Note 5 ausgeführt.

Verträgen zwischen Verwandten kommt dagegen in Betracht, daß bei dem Verkehr zwischen ihnen die Möglichkeit besteht, sich ausreichend über die Vermögensverhältnisse des Mitkontrahenten zu informiren, und daß weiter für diesen Verkehr in gewissen Grenzen das Zurücktreten rein egoistischer Zwecke und sogar eine gewisse Opferfähigkeit verlangt werden kann. Es kann deshalb das Gesetz den Verwandten weit eher wie einem Fremden zumuthen, die Verpflichtungen des Schuldners seinem Gläubiger gegenüber so ernst zu nehmen wie die eignen Verbindlichkeiten, vor allen Dingen aber nicht jedes Vertragsanerbieten des Schuldners rein egoistisch um des eigenen Vortheils willen anzunehmen, sondern dabei auch die Interessen des Schuldners mit in Erwägung zu ziehen. Somit kann das Gesetz, ohne sich einer zu großen Härte schuldig zu machen, postuliren, daß wenn zwei nahe Verwandte einen Vertrag mit einander abschließen, ein jeder von ihnen genau die Solvenz des andern Theiles prüft und eventuell die Frage in Erwägung zieht, inwieweit der Vertrag die Gläubiger des andern Theiles gefährdet, und erst nach genauer Prüfung dieser Momente den Vertrag zugleich mit der Gefahr der späteren Anfechtung abschließt, oder wenn er diese Chance nicht übernehmen will, den Vertragsschluß ablehnt. Der Gegenbeweis des guten Glaubens, welchen das Gesetz dem Gegner in beiden Fällen der Anfechtung nachläßt, hat neben den soeben formulirten gesetzlichen Postulaten nur die Bedeutung, rein negativ gewisse extreme Fälle von der Anfechtung auszuschließen; daneben liegt auch die andere Auslegung nahe: als wolle das Gesetz dem Empfänger einer Gratifikation oder dem mit dem Schuldner kontrahirenden Verwandten von vornherein nicht sofort die Gefahr der Anfechtung auferlegen, sondern ihn zunächst nur nöthigen, sich die Beweismittel für seinen guten Glauben zu sichern, und ihn also nur mit dem Risiko belasten, daß diese Beweismittel sich später nicht als zureichend bewähren möchten.

Für die Anfechtung aus dem Grunde der Zahlungseinstellung steht bereits die herrschende Ansicht in Uebereinstimmung mit unserer Theorie; denn der „Konkursanspruch" der Gläubiger ist ja weiter nichts als ein besonderer Ausdruck dafür, daß das schuldnerische Vermögen den Gläubigern objektiv verhaftet ist. Der reale Inhalt dieses Falles der Anfechtung ist also lediglich das gesetzliche Postulat: wer weiß, daß eine bestimmte Person bereits insolvent ist, soll die Ansprüche der Gläubiger dieser Person ernstlich respektiren und bei jedem Geschäfte, welches er mit der letzteren abschließt, das Risiko der Anfechtung übernehmen.

Das letzte Postulat, welches das Gesetz aufstellt, ist: daß überall, wo die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch eine Rechtshandlung zu benachtheiligen, erkennbar hervortritt, jeder Dritte die Theilnahme daran ablehnen soll, und daß, falls diese Rechtshandlung ihm eine Zuwendung bringt, er dieselbe nur mit dem Risiko späterer Anfechtung annehmen darf. Selbst wenn er im einzelnen Falle die Rechtshandlung objektiv für keine

Schädigung der Gläubiger erachtet, treibt er doch, indem er sich auf dieselbe einläßt, ein gewagtes Spiel, und er muß das Risiko seinerseits tragen, daß das Wagniß unglücklich ausfällt.

IV. Theorie des preußischen Obertribunals.

§ 7.

In diametralem Gegensatze zu der jetzt herrschenden Auffassung hat das frühere preußische Obertribunal das Anfechtungsrecht der Gläubiger als eine bloße Exekutionsmaßregel derselben aufgefaßt: die Veräußerung eines Werthobjekts aus dem Vermögen des Schuldners entziehe den Gläubigern die Möglichkeit, in gewöhnlicher Art die Exekution in jenes Werthobjekt vorzunehmen, und die Anfechtung bezwecke nur, einen Exekutionsmodus auch bezüglich dieser Gegenstände und mit Wirkung auch gegen den neuen Erwerber derselben zu schaffen [1].

Diese Theorie ist sehr formaler Art. Nur die äußere technische Gestaltung des Anfechtungsrechts giebt sie an, ohne auch nur anzudeuten, aus welchem materiellen Rechtsgrunde [2] der neue Erwerber sich die Exekution seitens fremder Gläubiger gefallen lassen müsse. So fehlt es denn nach dieser Theorie an jeder Unterlage, von der aus der Inhalt des guten und bösen Glaubens des Gegners zu beurtheilen wäre. Da außerdem die Exekution nur in individuelle Vermögensbestandtheile, nicht aber in abstrakte Werthe vollstreckt werden kann, so würde die Anfechtung, wenn sie wirklich nichts anderes als eine Ausdehnung der Zwangsvollstreckung auf eine andere Person als den ursprünglichen Schuldner wäre, lediglich die spezifischen Objekte ergreifen, welche aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen und in dem Vermögen des Gegners noch befindlich sind. Und zwar ohne Unterschied, ob es sich dabei um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt, da für die Exekution im allgemeinen die Grundsätze des dinglichen Rechtssystems maßgebend sind, und auf dieses der Unterschied zwischen fungibeln und nicht fungibeln Sachen keinen Einfluß hat [3]. Danach würde also die Anfechtung

---

[1] Z. B. Strieth. 25^{362}, Entsch. 73^{126}, Seuff. 27^{1}. Uebereinstimmend Bar, internat. Privatrecht 495 und in wenig glücklicher Weise — vgl. oben § 4 Anm. 2 — Hartmann 12 flg. Abweichend R.O.H.G. 10^{248} u. oft, und sehr eingehend Meischeider 50 flg., Beisert 49. Jetzt auch Reichsgericht bei Gruchot 24^{1068} und bei Wallmann 719. Theilweise hat das Obertribunal sogar die Ausdehnung seiner Theorie auf das römische Recht versucht. Strieth. 79^{122}.

[2] Entsch. 73^{126}: „Das Anfechtungsrecht wird nicht auf eine bestimmte materielle Rechtsbasis zurückgeführt!" Daneben spielt dann auch die angebliche „Dinglichkeit" der Anfechtungsklage oder gar der Gedanke eines „prätorischen Pfandrechts" der persönlichen Gläubiger eine Rolle. Entsch. 21^{250}. 73^{126}.

[3] Keinen oder doch nicht einen so eminent bedeutenden, wie er hier in Frage

einer Geldzahlung praktisch kaum durchführbar sein, da bei derselben die Existenz der von dem Schuldner gezahlten Geldstücke in specie bei dem Gegner selten nachweisbar sein wird. Nur gegenüber einem schlechtgläubigen Empfänger ließe sich eine erweiterte Haftung begründen; die Schlechtgläubigkeit des Besitzers ist aber, wie bereits erwähnt, gerade vom Standpunkte des Obertribunals aus nur schwer festzustellen. Das Obertribunal hat denn auch für vertretbare Sachen die eigne Theorie nicht konsequent durchgeführt, und damit indirekt anerkannt, daß die Anfechtung eine selbständige Obligation des Gegners begründen kann und also dem Letzteren eine weitergehende Verpflichtung auferlegt, als daß er eine gegen den ursprünglichen Schuldner formell nicht mehr zulässige Zwangsvollstreckung rein passiv gegenüber seinem eignen Vermögen zu gestatten habe. Für diese selbständige Obligation aber giebt die Theorie des Obertribunals keinerlei Begründung [4].

Neben dieser den eigentlichen Grundgedanken des Anfechtungsrechts verfolgenden Theorie hat das preußische Obertribunal noch ein zweites Prinzip aufgestellt, das trotz seiner rein negativen Fassung die eigentlich fundamentale Theorie desselben Gerichtshofs an Wichtigkeit überragt. Es ist dies der in unzähligen Wendungen wiederkehrende Grundsatz, daß das Anfechtungsrecht der Gläubiger ein jus singulare, eine Ausnahme gegen das gesammte Rechtssystem und deshalb das Anfechtungsgesetz einer streng restriktiven Auslegung zu unterwerfen sei [5]. Genau besehen, basirt denn auch wohl die ganze Theorie des Obertribunals allein auf diesem letzteren Grundsatze, und nur so erklärt sich die absolute Unzulänglichkeit derselben in materieller Hinsicht. Die restriktive Interpretation des Anfechtungsrechtes ist nun allerdings nothwendig, und das Anfechtungsrecht auch fraglos ein jus singulare, insoweit also die Auffassung des Obertribunals unbedingt richtig. Um so unrichtiger aber ist die Art und Weise, wie das Obertribunal den Grundsatz praktisch im Einzelnen angewendet hat. Denn offenbar hat dieser Satz, richtig verstanden, eine sehr untergeordnete Bedeutung, weil er nur als die ultima ratio da anzuwenden ist, wo eine wirklich

---

kommt. Das Beispiel der Vindikation, der hereditatis petitio giebt hierfür die zutreffenden Gesichtspunkte, vgl. unten § 44 Nr. 4. Die Analogie der dinglichen Klagen wird vom Obertribunal selbst, z. B. Strieth. 25^{362}, angezogen.

4 Eine einzelne praktische Konsequenz dieser Theorie § 21 Note 6, eine andere, die freilich das Obertribunal selbst abgelehnt hat, vgl. unten § 40^{17}.

5 Strieth 46^{207}. 66^{138}. 72^{200}. 92^{172}. 79^{247}. 82^{290}. Entsch. 76^{326}. Jetzt auch Reichsgericht bei Wallmann II. S. 72. Eine bemerkenswerthe Konsequenz dieser Auffassung war z. B. der Satz, daß die Zeitpacht im Sinne der Pr. K.O. nicht als Veräußerung angesehen und die Verkürzung der Gläubiger durch Eintragung einer Hypothek erst nach effektiver Durchführung der Subhastation des Pfandgrundstücks für festgestellt erachtet wurde. Vgl. unten § 11^{7} § 24^{4}. § 30 zu Note 16.

sachliche Erklärung, wo ein Verständniß des positiven Inhalts der Gesetze aus ihrem Wortlaut, ihrem systematischen Zusammenhang und der historischen Entstehung des Anfechtungsrechts nicht möglich ist. Der Satz trifft eben nur „im Zweifel“ zu, und zwar erst dann, wenn alle anderen den selbständigen Zwecken des Anfechtungsrechts näherstehenden Mittel, den Zweifel zu heben, erschöpft sind. Kein Unbefangner wird aber leugnen, daß das Obertribunal diese Subsidiarität im Einzelnen vollständig verkannt hat, und daß dadurch das preußische Anfechtungsrecht in der unglücklichsten und unerquicklichsten Weise in seiner freien Entwickelung gehemmt und gehindert worden ist. Noch jetzt zeigt unsere Praxis deutlich die Spuren dieses Bannes, welcher durch die Judikatur des höchsten inländischen Gerichtshofs ihr auferlegt war. Einmal hält sie übertrieben ängstlich mit der Ausübung des Anfechtungsrechtes zurück, dann aber operirt sie wieder so unbesonnen und leichtfertig mit demselben, wie es nur der thut, welcher selbst nicht an den Erfolg seiner Bestrebungen glaubt oder sich bewußt ist, daß er völlig im Dunkeln tappe, daß er nichts als einen ungeordneten, möglichst massenhaften Stoff zu geben habe, aus dem dann die Gerichte in der Reihenfolge ihrer Instanzen wider Erwarten vielleicht doch irgend ein nicht ganz unerhebliches Moment herauslesen möchten. Dazu kommt, daß bei den Interventionsklagen in der Exekutionsinstanz, diesem Stiefkinde unsrer Praxis, nach einer ebenso alten wie ungerechtfertigten Gewohnheit die Vertreter der beklagten Partei sich in ihrem juristischen Gewissen verpflichtet fühlten, nicht blos den gesammten Klagevortrag zu bestreiten und den Mangel der Besitzübergabe zu rügen, sondern auch wie nach einem gedruckten Formular den Einwand paulianischer Anfechtung zu erheben. Daß damit jedes tiefere Interesse der Praxis an dem Anfechtungsrechte sehr geschmälert werden mußte, ist selbstverständlich und deshalb auch leicht erklärlich, daß der Grundsatz des Obertribunals, die Anfechtungsgesetze seien restriktiv auszulegen, bei den Instanzgerichten lebhaften Anklang fand. Die neue Reichsgesetzgebung hat diese Sachlage in Preußen bisher noch nicht verändert, und es ist deshalb in keiner Rechtsmaterie die Praxis so unbeholfen wie gerade im Anfechtungsrecht. Hierin liegt auch eine Rechtfertigung dafür, daß das vorliegende Werk oft genug kasuistischer gehalten und tiefer in das Detail eingehend ist, wie dies sonst bei systematischen Arbeiten der Fall zu sein pflegt.

Zweiter Abschnitt.

Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtung.

Kapitel eins.

Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses.

§ 8.

Das Anfechtungsrecht ist wesentlich verschieden normirt [1], je nachdem es im Konkurse oder außerhalb desselben zur Anwendung kommen soll. Das ist vollkommen gerechtfertigt. Insbesondere um deshalb, weil allein ein eigentliches Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners die Garantieen dafür bietet, daß der praktische Erfolg der Anfechtung der Gesammtheit der betheiligten Gläubiger zu gute kommt. Ebendeshalb kann das Gesetz das Recht der Anfechtung im Konkurse weit eindringlicher gestalten, als wenn es besorgen muß, der einzelne Gläubiger, welcher außerhalb des Konkurses zufällig das Anfechtungsrecht sich zu Nutze macht, möge, genau besehen, den Schutz des Gesetzes noch weniger verdienen als der Anfechtungsgegner. Namentlich kann das Gesetz außerhalb des Konkurses nur mit großer Vorsicht ein an sich redliches Geschäft lediglich um der Konkurrenz gleicher oder besserer Ansprüche willen der Anfechtung unterwerfen,

[1] Der erste Entwurf zur preußischen K.O. wollte ein besonderes Anfechtungsrecht für Kaufleute schaffen. Goltdammer 253. So ist im Wesentlichen auch der Rechtszustand in England; die neuern Gesetze betreffen nur den trader; für den non-trader gilt nur das ältere Recht, z. B. 13 Eliz. c. 5, theilweise fort, Williams, law of bankr. 264. Auch in Frankreich und anderen romanischen Staaten ist das Anfechtungsrecht fast ganz auf Kaufleute beschränkt, da nur für diese ein eigentliches Konkursverfahren besteht.

da die Abwägung der konkurrirenden Interessen eben nur im Konkurse mit Erfolg geschehen kann.

Deshalb hat sich denn auch das strengere Anfechtungsrecht des Mittelalters[2] zunächst nur auf den Fall des Konkurses oder eines konkursähnlichen Verfahrens bezogen[3] und das spätere französische Recht hat bezeichnend genug außerhalb des Konkurses nur das eng begrenzte Prinzip der paulianischen Klage rezipirt[4]. Ebenso hat Preußen[5] von jeher die Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses geschieden, und das Reichsrecht ist dieser Unterscheidung lediglich beigetreten. Maßgebende Norm ist gegenwärtig für den Konkursfall die deutsche R.K.O. § 22 fg., außerhalb des Konkurses dagegen das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879.

1. Das zunächst entscheidende Moment ist die Thatsache der Konkurseröffnung. Und zwar genügt nur der Eröffnungsbeschluß eines deutschen Gerichts, soweit nicht durch Staatsverträge oder durch Anordnung des Reichskanzlers eine Ausnahme mit Bezug auf einzelne nichtdeutsche Staaten zugelassen ist[6].

Gerade mit Rücksicht auf das konkursmäßige Anfechtungsrecht können die Gläubiger ein besonderes Interesse an der Eröffnung des formellen Konkurses haben. In Wahrnehmung dieses Interesses können sie nicht allein den formellen Antrag auf Konkurseröffnung stellen, sondern auch im Falle die Masse erst bei glücklichem Ausgange des Anfechtungsprozesses zur Deckung der Kosten ausreichen würde, durch Hinterlegung einer Kaution den fehlenden Betrag ergänzen[7].

2. Außer der Thatsache der Konkurseröffnung kommt noch in Betracht, daß die Anfechtung aus K.O. § 22 flg. nur im Interesse der Konkursgläubiger stattfindet[8]. Die Anfechtung außerhalb des Konkurses greift also nicht nur Platz, wenn der Konkurs überhaupt nicht eröffnet oder der eröffnete Konkurs wieder beendigt ist, sondern auch während der Dauer des

---

[2] Anders das gemeine Recht, Windscheid § 463^{25}, Seuff. 26^{98}, abweichend Fitting, Arch. f. civ. Pr. 49 Nr. 13, Seuff. 3^{251}. 16^{171}. 30^{100}, Strieth. 31^{155} und das Sächs. B. Gesetzbuch § 1509 flg.

[3] Vgl. die oben § 2 zitirten Gesetze.

[4] Code civil 1167, code de com. 442 flg., codice civile italiano 1235, cod. di commercio 707 flg. Auch in Spanien gilt außerhalb des Konkurses das gemeine Recht. Reuz y Garcia, codigo de comercio anotado Note 2 zu § 1041.

[5] A.G.O. I. 50. § 49. A.L.R. I. 11. § 1129 flg. II. 1. § 312 flg. Anh. § 74. Preuß. V. v. 26. IV. 1835. Pr. K.O. v. 8. V. 55 u. G. v. 9. V. 55.

[6] K.O. § 207 enthält ein Prinzip, das auch auf das Anfechtungsrecht Anwendung finden muß.

[7] Etwas unbestimmt Wilmowski zu § 99. In der Praxis sind solche Kautionen jedenfalls schon öfters angeboten und angenommen.

[8] Wilmowski zu § 1 A.G.

Konkurses für alle Gläubiger, welche an demselben nicht betheiligt sind. Dies sind die Aus- und Absonderungsberechtigten [9]; nicht aber auch die postlozirten persönlichen Gläubiger des Kridars — Legatare, Geschenknehmer u. s. f. — da deren Ausschluß vom Konkurse offenbar niemals ein selbständiges Recht für sie begründen soll [10]. Ebenso ist die nicht konkursmäßige Anfechtung bezüglich aller nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögensstücke auch während der Dauer des Konkurses zulässig [11].

3. Die Darstellung des konkursmäßigen und nicht konkursmäßigen Anfechtungsrechts wird im Folgenden zusammenhängend gegeben. Eine getrennte Erörterung beider Formen zwingt entweder zu zahlreichen Wiederholungen oder verwandelt die Darstellung der an zweiter Stelle behandelten Form in eine zusammenhanglose Reihe von Spezialuntersuchungen.

Wo bei einer einzelnen Frage beide Arten der Anfechtung im Gesetz verschieden behandelt sind, beobachtet die Darstellung in der Anordnung des Stoffs nicht ausschließlich Rücksichten der Symmetrie, giebt also nicht grundsätzlich der einen Form vor der andern den Vorrang, sondern es wird diejenige Form zuerst dargestellt, die die einfachste und klarste Behandlung der Frage gestattet.

Kapitel zwei.

Vorhandensein von Gläubigern.

I. Außerhalb des Konkurses.

§ 9.

Die erste Voraussetzung der Anfechtung außerhalb des Konkurses ist das Vorhandensein einer vollstreckbaren fälligen Forderung in der Person des Anfechtungsberechtigten.

1. Vollstreckbarkeit der Forderung wird gefordert [1], da vorher das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner noch nicht so weit geklärt ist, um für die Anfechtung formell giltiger Rechtsgeschäfte und für die damit

---

[9] Namentlich also separirende Nachlaßgläubiger, denen die konkursmäßige Anfechtung gegenwärtig versagt ist. Vgl. § 20 Nr. 4.

[10] K.O. § 56. Vgl. einerseits Wilmowski zu K.O. § 11 Note 2, andrerseits Dernburg II. 317[21].

[11] A.G. § 13 Abs. 5.

[1] So schon Preußen 35 § 10 und 55 § 1. 10 mit der nach damaligem Recht selbstverständlichen Konsequenz, daß die Anfechtung innerhalb der Exekutionsfrist erklärt werden müsse. Strieth. 90[303].

verbundene Belästigung dritter dem Obligationsnexus zunächst fernstehender Personen ausreichenden Anhalt zu bieten[2]. Auch vorläufige Vollstreckbarkeit genügt[3]; bedingte Vollstreckbarkeit dann, wenn die Suspensivbedingung, z. B. eine dem Kläger obliegende Kautionsleistung, erfüllt, bez. die Resolutivbedingung, z. B. die dem Beklagten nachgelassene Hinterlegung der Streitsumme, noch unerledigt ist. Auf die rein formellen Bedingungen der Vollstreckbarkeit — Zustellung des Titels, Ertheilung der Klausel u. s. f. — kommt es an sich nicht an[4]; wenn jedoch der Gläubiger dem Schuldner gegenüber die Vollstreckbarkeit erst im Wege der Klage als vorhanden nachweisen muß, ehe er die Zwangsvollstreckung beginnen darf, liegt ein wirklich vollstreckbarer Titel überhaupt nicht vor, und der Anfechtungsgegner kann also verlangen, daß auch diese Bedingung der Vollstreckbarkeit des Schuldtitels erst zwischen den ursprünglichen Partheien festgestellt wird[5].

Weiter genügt es, wenn die Vollstreckbarkeit erst im Laufe des Prozesses, aber doch noch so zeitig eintritt, daß sie als neue Behauptung prozessualisch zugelassen werden kann. Der Prozeß kann sogar, wenn die Anfechtung im Wege der Einrede oder[6] Replik geltend gemacht wird, eigens zu dem Zwecke ausgesetzt werden, um dem Gläubiger die nachträgliche Erlangung eines vollstreckbaren[7] Titels zu ermöglichen. Dabei kann das Gericht, falls es annimmt, daß der anzufechtende Akt dem Gläubiger erst im Laufe des Prozesses bekannt geworden oder sonst die Klage gegen den Schuldner nicht blos aus Nachlässigkeit verabsäumt ist, die Frist zur Wiederaufnahme des Prozesses so geräumig bemessen, daß der Gläubiger sogar eine bisher gar nicht eingeklagte Forderung bis zur vollstreckbaren Entscheidung bringen kann[8]. Trifft dagegen den Gläubiger eine schuldbare Säumniß, so muß er sich mit einer engen Frist begnügen und kann sich

---

[2] A. M. de lege ferenda Otto 238 flg. und vom Standpunkt der Dolustheorie aus auch mit Recht.

[3] A.G. § 10. Vgl. aber unten § 40 Nr. 8.

[4] Mot. 13, Wilmowski zu A.G. § 2 Nr. 1.

[5] Also in den Fällen der Z.P.O. § 667. Der Titel ist z. B. nur gegen den ursprünglichen Schuldner vollstreckbar, während eine Handlung seiner Vorbehaltserben angefochten werden soll.

[6] Das Gesetz erwähnt nur die Einrede, A.G. § 5. Indeß führt die Absicht des Gesetzes auf die gleiche Behandlung der Replik, zumal hierdurch der Gegner, dessen Interesse an der Beschleunigung des Prozesses nur gering ist, weniger gefährdet wird, als wenn er die Rolle des Klägers hat, und die Anfechtung der Klage gegenüber als Einrede auftritt. A. M. Jäckel 23, Wilmowski 559.

[7] Selbstverständlich genügt auch hier vorläufige Vollstreckbarkeit. Jäckel 24[18].

[8] Daß das Anfechtungsrecht im Uebrigen zu Recht besteht, und namentlich eine giltige Hauptforderung gegen den Schuldner vorhanden ist, braucht aber der Gläubiger nicht nachzuweisen. Meischeider bei Gruchot 26[468]. A. M. Jäckel 23.

darauf nicht berufen, daß diese dem hartnäckigen Schuldner gegenüber nicht zureicht[9].

2. Fälligkeit der Forderung[10]. Und zwar ist ein Recht des Anfechtungsgläubigers, dessen Forderung noch betagt ist, Aussetzung des Prozesses bis zum Eintritt der Fälligkeit zu verlangen, nicht anerkannt[11], während auf der andern Seite die zufällig noch im Laufe des Prozesses eintretende Fälligkeit der Hauptforderung der Regel nach für das Endurtheil genügen muß. Ist die Forderung nur theilweise fällig, so kann die Anfechtung nur wegen dieses Theiles erfolgen[12]. Dagegen gilt eine Forderung, die nur von der Erfüllung einer dem Gläubiger obliegenden Gegenleistung Zug um Zug abhängig ist, sofort als fällig, ohne daß etwa der Gläubiger um des Anfechtungsprozesses willen vorleisten müßte[13]. Nur bleibt die wirkliche Erfüllung auch der Anfechtungsobligation davon abhängig, daß die Gegenleistung dem Schuldner faktisch gewährt wird, und zwar ist dies auf Antrag im Endurtheile ausdrücklich auszusprechen.

3. Rechtsgiltigkeit der Forderung, und zwar nicht blos in formellem Sinn. Sie muß vielmehr eine eingehende Prüfung auf ihre Giltigkeit und Rechtswirksamkeit zu vertragen im Stande sein, da sie sonst keine zureichende Unterlage abgeben würde, um ein formgiltiges, nicht schlechthin unredliches Rechtsgeschäft wirkungslos zu machen. Prima facie genügt allerdings zum Beweise der Forderung der einfache Hinweis auf den vollstreckbaren Titel, denn dieser ist eben durch seine Vollstreckbarkeit mindestens vorläufig ein materieller Verpflichtungsgrund für den Schuldner, und die Existenz einer Forderung des Gläubigers gegen den letzteren ist also prima facie erwiesen, sobald ein solcher wenigstens vorläufiger Verpflichtungsgrund dargethan wird. Dagegen steht dem Anfechtungsgegner das durchgreifende Recht zu, diesen Prima-Facie-Beweis im Wege des Einwandes zu entkräften.

a) Zunächst mit allen Einreden, die dem Schuldner selbst gegen den vollstreckbaren Titel zustehen[14]; unter erheblichen Verschiedenheiten also, je nachdem der Titel ein gerichtliches Endurtheil oder ein notarieller Vertrag mit der Vollstreckungsklausel[15] ist, je nachdem dem Schuldner noch Ein-

---

[9] Beschwerde bezüglich der Bemessung der Frist steht nur dem Gegner zu. Arg. Z.P.O. § 203 Abs. 3.

[10] So von der R.T.K. beschlossen.

[11] Jäckel 23.

[12] So für Alimentenforderungen R.G. bei Gruchot 24[1060] und früher Strieth. 76[132]. Abweichend Strieth. 80[282].

[13] Hier will Korn 4 die Anfechtung nur zulassen, wenn der Gläubiger seine Forderung in einen einseitigen Interesseanspruch verwandelt und für diesen einen vollstreckbaren Titel erlangt hat.

[14] Mot. 13, Korn 18.

[15] Für diese will Jäckel 19[11] die Einreden enger begrenzen. Der Gegner

spruch und Berufung oder[16] nur die Separatklage aus Z.P.O. §§ 686. 703 flg. offensteht. Verwirkt der Schuldner im Laufe des Anfechtungsprozesses eine dieser Einreden, indem er auf dieselbe verzichtet, in der Berufungsinstanz mit ihr zurückgewiesen wird oder die zur Erhebung der Einrede offenstehende Frist[17] verstreichen läßt und kann diese Aenderung der Sachlage noch rechtzeitig im Anfechtungsprozeß verwerthet werden, so geht auch das Recht des Anfechtungsgegners auf die Einrede verloren.

b) Eine Forderung, die selbst anfechtbar ist, kann ihrerseits die Anfechtung nicht begründen[18]. Das ist deshalb nicht weniger gewiß, weil das Gesetz es ausdrücklich auszusprechen unterlassen hat. In der That wäre es undenkbar[19], daß ein Geschenknehmer eine andere gleichzeitige oder gar ältere Schenkung seines Autors sollte anfechten können, lediglich weil die eine Schenkung erfüllt, die andere wegen Insolvenz des Gebers dagegen unerfüllt geblieben und ein vollstreckbarer Titel für dieselbe erstritten worden ist. Und auch das wäre sinnwidrig, etwa von dem im Besitz befindlichen Geschenknehmer zu verlangen, auch sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen und demnächst der Anfechtungsklage eine entsprechende Widerklage entgegenzustellen. Dem Anfechtungsgegner ist deshalb überall, auch ohne daß er für seinen eignen Besitzstand einen vollstreckbaren Titel aufweisen kann, der Einwand zu gewähren, daß die gegnerische Forderung selber objektiv anfechtbar sei. Dabei wird bei dem Schweigen des Gesetzes ein Unterschied zwischen den einzelnen Fällen der Anfechtung nicht gemacht werden können, und es wird deshalb einem Geschenknehmer selbst die paulianische Anfechtung zu versagen sein. Auch die verschiedenen Befristungen der einzelnen Anfechtungsfälle werden für diesen singulären Einwand des Anfechtungsgegners ohne Einfluß sein[20]. Ein spezieller hierhergehöriger Fall ist der, daß die Forderung des Anfechtungsgläubigers lediglich

---

würde sonst de iure tertii Einreden erheben können, die der Schuldner selbst gar nicht erheben wolle. Vgl. darüber unten den Text zu Note 23.

[16] Dieser Unterschied wird auffallenderweise nirgend betont, trotz seiner handgreiflichen Wichtigkeit, die sich aus Z.P.O. §§ 307. 491 einer- und § 686 Abs. 2 andrerseits ergiebt. Der Gegner kann z. B. solange dem Schuldner das Wechselseparatum noch offensteht — Z.P.O. § 562 flg. — den Einwand der Wechselfälschung erheben. So sehr richtig Entsch. 51[468].

[17] A. M. Jäckel 19[11]. Die ganze Frage wird sonst nicht erörtert.

[18] Hier wird meist nur der Einwand wirklicher Kollusion erwähnt, z. B. Strieth. 32[169], Entsch. 67[353].

[19] Trotzdem spricht Korn 1 von dem Anfechtungsrecht eines Legatars.

[20] Andernfalls würde derjenige, der am 31. Dezember 1880 ein Geschen. erhalten hat, am 1. Januar 1882 eine Anfangs 1880 der Ehefrau des Schenkers bestellte Illatenhypothek gemäß A.G. § 4 anfechten können, was offenbar den Absichten des Gesetzes nicht entspricht.

lich auf Kollision zwischem ihm und dem angeblichen Schuldner beruht, zu dem Zwecke, ein von letzterem eingegangenes Rechtsgeschäft rückgängig zu machen; der Gegner kann sich hier einredeweise einfach darauf berufen, daß die Forderung des Gläubigers selber aus § 3 Nr. 1 A.G. anfechtbar sei[21].

c) Anderweite Einreden gegen die Hauptforderung stehen dem Anfechtungsgegner nicht zu[22]. Nicht etwa, weil es sich hier nur um Einreden aus dem Rechte eines Dritten, des Schuldners nämlich, handeln würde. Denn bekanntlich darf der Bürge alle Einreden des Hauptschuldners gebrauchen, und es ist offensichtlich, daß der Anfechtungsgegner insoweit eine der des Bürgen analoge Stellung einnimmt; überdies sind auch die oben zu a erwähnten Einreden meist auf Rechte des Schuldners gestützt, und doch ist man über deren Zulässigkeit überall einverstanden[23]. Der wahre Grund dieser Beschränkung des Gegners liegt vielmehr darin, daß der vollstreckbare Titel dem Schuldner gegenüber, soweit er dessen Einwendungen präkludirt, Recht schafft und daher die der Forderung anhaftenden Mängel materiell beseitigt. Und zwar keineswegs blos unter den Partheien. Denn da das Gesetz an sich aus jeder Forderung, welches auch immer ihr Rechtsgrund, die Zeit und die Form ihrer Entstehung sei, die Anfechtung zuläßt, so ist letztere auch einem Gläubiger nicht zu versagen, dessen Forderung gleichzeitig mit der Erlangung des vollstreckbaren Titels, also erst durch das richterliche Urtheil, das notarielle Schuldbekenntniß u. s. f. neu geschaffen wird. Muß doch ganz analog auch der Bürge ein Judikat gegen sich gelten lassen, welches gegen den Schuldner vor Abschluß des Bürgschaftsvertrages ergangen ist; und wenn er gegen die Wirkung späterer gegen den Hauptschuldner ergehender Urtheile geschützt ist, so beruht dies nur darauf, daß nach Abschluß der Bürgschaft seine Rechtslage ohne sein Zuthun überhaupt nicht verschlechtert werden darf. Dieser letztere Grund versagt aber dem Anfechtungsschuldner gegenüber vollständig. Denn da dieser sich die Anfechtung auch auf Grund von Verträgen gefallen lassen muß, welche der Schuldner erst nach Abschluß des anzufechtenden Aktes willkürlich kontrahirt hat, so kann er auch dagegen nicht Einspruch erheben, daß der Schuldner älteren ungiltigen Verbindlichkeiten durch unzureichende Vertheidigung im Prozeß nachträglich zu rechtlicher Wirksamkeit verhilft oder daß er einen jüngeren Vertrag überflüssigerweise mit einem fingirten älteren Datum und in den Formen des Prozesses zum Abschluß bringt[24].

---

21 Dies ist im Resultat nicht streitig.

22 A. M. Otto 239 und bezüglich des Einwandes der fehlenden Darlehnsvaluta Entsch. 53^{361}, Strieth. 58^{138}.

23 Vgl. oben Note 14.

24 Der Einwand der Simulation, den Jäckel 17^{7} überall zulassen will, ist des-

4. Das Alter der Forderung[25] ist gleichgiltig, ebenso ihr Gegenstand und der Grund ihrer Entstehung. Namentlich genügt auch ein rein dinglicher Anspruch[26], wie etwa eine Grundschuld, ebenso ein Anspruch, der nicht auf eine bestimmte Geldleistung, sondern auf Lieferung von Waaren, von individuell bestimmten Sachen geht. Namentlich braucht derjenige, der ein Grundstück gekauft hat, gegenüber einer anderweiten Veräußerung desselben Grundstückes zur Begründung der Anfechtung sich nur auf ein Judikat, welches den Verkäufer zur Auflassung verurtheilt, zu stützen, bedarf dagegen der vollstreckbaren Festsetzung eines etwaigen Schadensersatzanspruches in Geld zunächst nicht[27]. Rechte auf Handlungen, z. B. auf Rechnungslegung, bedürfen dagegen stets der Umwandlung in einen Geldanspruch[28]. Daß Forderungen aus gegenseitigen, beiderseits noch nicht erfüllten Verträgen zur Anfechtung ausreichen, ist bereits erwähnt[29]. Auch Delikts- und Strafklagen[30], Ansprüche aus onerosen letztwilligen Verfügungen sind genügend.

II. Im Konkurse.

§ 10.

Im Konkurse ist die Vollstreckbarkeit der Forderungen, zu deren Befriedigung die Anfechtung erhoben wird, formell nicht nothwendig; ihre Fälligkeit erledigt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Konkursrechts — K.O. § 58 — von selbst, und es bleibt deshalb lediglich ihre Verität zu prüfen. Aber auch diese tritt zurück, so lange nur allgemein ein Präjudiz

---

halb nur begründet, wenn auch der vollstreckbare Titel auf Simulation beruht, da alsdann der Schuldner selbst den Simulationseinwand erheben kann und also Gruppe a Anwendung findet. Entsch. 52[1].

25 Bekanntlich hatte Preußen 1835 und 1855 den Satz, daß nur eine ältere Forderung als der anzufechtende Rechtsakt zur Anfechtung ausreiche. Auch die französische Jurisprudenz neigt der gleichen Auffassung zu, obwohl das Gesetz einen Anhalt für dieselbe nicht gewährt. So Boulay-Paty, des faillites 44, Dalloz, répert. (1851) 24 Nr. 282, Pardessus, cours du droit comm. III. Nr. 1138, dagegen mit Recht Sirey-Gilbert, code de comm. art. 446 Nr. 4 u. A. Auch für das englische Recht nimmt die Praxis das gleiche an: Robson, law of bankr. 561.

26 A. M. Korn 1, vgl. aber 5 flg. und Mot. 14, auch unten § 11 hinter Note 9.

27 So richtig Jäckel 179. Anders in eingehender, aber wenig überzeugender Begründung Korn 2 flg., Eccius S. 610 und die Gründe der nachbenannten Entscheidung.

28 Entsch. 77 S. 197. Otto 239.

29 Vgl. oben zu Note 13.

30 Also auch wegen Geldstrafen und Vermögenskonfiskation aus § 325. 326 St.P.O. Beachtenswerth ist dabei der Unterschied gegen R.K.O. § 56.

über die Anfechtbarkeit irgend eines Rechtsaktes verlangt und nicht ein Antrag auf eine bestimmte Leistung des Gegners daran geknüpft wird. Denn es greift alsdann auch bezüglich der Anfechtung der Grundsatz Platz, daß der Konkurs den Interessen auch der unbekannten Gläubiger dienen soll, und demgemäß wird die Ungiltigkeit des anfechtbaren Rechtsaktes allgemein „den Konkursgläubigern" gegenüber ausgesprochen, ohne daß der Beweis der Verität auch nur für eine einzige Konkursforderung verlangt werden darf.

Anders sobald der Anfechtungsgegner zu einer bestimmten Leistung verpflichtet werden soll. Hier kann offenbar eine Leistung nicht verlangt werden, die den Betrag der wirklichen Konkursforderungen überstiege, lediglich weil die Anfechtung auch für etwa unbekannte Konkurspassiva Deckung schaffen müsse[1]. Dies würde vielmehr einen unerklärlichen und in keiner Weise zu rechtfertigenden Eingriff in die Rechte des Gegners enthalten. Ja selbst eine Präsumtion dahin, daß die Konkurspassiva der Höhe nach der Anfechtungsobligation gleichkommen, läßt sich nicht aufstellen, und es ist also nicht Sache des Gegners, eine Differenz zwischen seiner streitigen Leistung und der Gesammtheit der Konkursforderungen nachzuweisen, sondern umgekehrt ist von dem Konkursverwalter der Nachweis zu führen, daß die eingeklagte Leistung in ihrer Höhe durch die wirklich vorhandenen Passiva mindestens erreicht wird[2].

Dieser Beweis wird durch die Aufführung derjenigen Konkursforderungen erbracht, welche im Prüfungstermin festgestellt sind, oder für die ein für die Konkursmasse wenigstens vorläufig verbindlicher Rechtstitel beschafft ist[3]. Daneben steht es aber dem Verwalter auch frei, auf den Schuldgrund der einzelnen Forderungen zurückzugehen, und ihn, ähnlich wie dies bei der Klage gegen den Bürgen bezüglich der Hauptschuld geschieht, zu substanziren und zu beweisen. Letzteres wird natürlich nur der Fall sein, wenn eine Forderung vom Verwalter anerkannt, jedoch von einzelnen Konkursgläubigern bestritten worden ist, namentlich also, wenn der Anfechtungsgegner selbst bestritten hat, wozu er stets berechtigt erscheint, wenn sein Rechtstitel kein unentgeltlicher ist[4].

---

[1] A. M. Mandry 529.

[2] Etwas Anderes ist, daß das Gericht diese Thatsache als selbstverständlich ansehen kann, so lange der Gegner dieselbe nicht ausdrücklich in Frage zieht.

[3] K.O. § 140. Vgl. oben § 9 Nr. 3.

[4] Nämlich weil er wegen seines eventuellen Anspruchs aus § 31 flg. K.O. Konkursgläubiger ist. Ist im einzelnen Falle auch sein eventueller Konkursanspruch streitig, so muß er ihn beweisen, wenn nicht sein Bestreiten der angemeldeten und vom Verwalter anerkannten Konkursforderungen wirkungslos sein soll. Vgl. Mot. 362. Ein ganz allgemeines Recht des Bestreitens hat der Anfechtungsgegner als solcher jedenfalls nicht.

Das Recht des Anfechtungsgegners, Einreden gegen die Giltigkeit einer einzelnen Konkursforderung vorzubringen, richtet sich nach denselben Prinzipien, welche für die Anfechtung außerhalb des Konkurses abgeleitet sind, weicht jedoch im Detail erheblich ab. Ist nämlich die Konkursforderung festgestellt oder vollstreckbar, so ist der Kreis der Einwendungen enger begrenzt, wie außerhalb des Konkurses, da das Recht der Anfechtung Monopol des Konkursverwalters ist, und deshalb der Gegner auch nicht einwandweise gegenüber den festgestellten Forderungen behaupten darf, eine derselben sei etwa als versteckte Schenkung ihrerseits anfechtbar.

Nach dem hier entwickelten Prinzipe beantworten sich nun eine Reihe Detailfragen. Namentlich ist zu betonen, daß der Gegner die Anfechtung abwenden kann, wenn er die bekannten, d. h. die unstreitigen oder als giltig nachgewiesenen Forderungen befriedigt[5], weil dadurch wenigstens jeder auf eine bestimmte Leistung des Anfechtungsgegners gerichtete Antrag gegenstandslos wird[6]. Tauchen später neue Forderungen auf, so ist das Anfechtungsrecht wieder wirksam, es wäre denn, daß der Verwalter die Zahlung an die früheren Gläubiger als Angabe an Zahlungsstatt angenommen und also den Anfechtungsgegner definitiv befreit hätte. Weiter ist der Verzicht auf eine Konkursforderung und namentlich der bedingte Verzicht auf die etwaige Dividende, welche von dem Ergebniß der Anfechtung auf die einzelne Forderung entfallen würde, zwar insoweit wirksam, als sie den Gesammtbetrag der Passiva mindert und also das Maximum herabsetzt, bis zu welchem die Anfechtung überhaupt aufsteigen kann; dagegen wird die Anfechtungsobligation nicht sofort um eine Quote vermindert, vielmehr zunächst nur der Antheil erhöht, mit welchem die übrigen Gläubiger bei der Anfechtung partizipiren.

Kapitel drei.

Insolvenz des Schuldners.

§ 11.

1. Außerhalb des Konkurses ist die zweite Voraussetzung der Anfechtung, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners[1] zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht ge-

---

5 Und zwar können die Gläubiger ein solches Anerbieten nicht zurückweisen.

6 So Wilmowski 189, Otto 165. Dagegen Fitting 162, der auch hier die unbekannten Gläubiger berücksichtigen will und generell Korn 30 flg.

1 Ob der Gläubiger anderweit, z. B. von Mitschuldnern, Befriedigung erhalten kann, ist unerheblich. Entsch. 21[68].

führt hat oder daß anzunehmen ist, sie werde zu einer solchen nicht führen[2].

Das Gesetz verlangt also nicht blos Zahlungsunfähigkeit, den Mangel parater Zahlungsmittel bei dem Schuldner, sondern es legt dem Gläubiger auch die Verpflichtung auf, sich mit anderweitigen Vermögensstücken des Schuldners, die erst durch ein eigentliches Verwerthungsverfahren zu einer Befriedigung der Forderung führen, zu befassen, ehe er zur Anfechtung greifen darf. Nur braucht diese weitergefaßte Insolvenz nicht durch einen förmlichen Akt des Gläubigers — etwa die fruchtlose Vollstreckung der Mobiliar-Exekution oder die Abnahme des Offenbarungseides vom Schuldner — festgestellt zu werden, sondern jeder andere Beweis, z. B. die Bezugnahme auf die Geschäftsbücher des Schuldners, sein Zugeständniß, das Zeugniß seiner Angestellten, genügt, um die voraussichtliche Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung darzuthun. Auch der Hinweis auf eine fruchtlos ausgefallene Mobiliar-Exekution, mag sie auch nicht der allerletzten Zeit angehören und von einem andern Gläubiger betrieben sein, wird der Regel nach ausreichend sein; ebenso ein erheblicher Ausfall von Hypotheken auf Grundstücken des Schuldners bei der Subhastation. Entscheidend ist überall die freie Sachwürdigung des Gerichts.

Andrerseits ist dem Gegner das Recht des Gegenbeweises voll zu wahren, und zwar ohne Unterschied, ob der Gläubiger die Exekution bereits ohne Erfolg versucht hat oder nicht. Namentlich ist der Nachweis zulässig, daß der Schuldner noch positiv exekutionsfähiges Vermögen besitzt, und zwar sind hierbei Grundstücke und ausstehende Forderungen[3] des Schuldners nicht ausgeschlossen. Eine entgegengesetzte Meinung, welche nur den Nachweis exekutionsfähigen Mobiliars[4] oder gar nur den Nachweis baarer Geldmittel des Schuldners[5] nachläßt, steht mit dem Wortlaut des Gesetzes entschieden in Widerspruch, da die erfolglose „Zwangsvollstreckung in das Vermögen", von der § 2 cit. spricht, schlechterdings nicht blos von einer Pfändung beweglicher Sachen verstanden werden kann. Noch weniger läßt sich dem Gesetze entnehmen, daß, wenn der Gläubiger nur einmal einen ernstlichen Versuch der Mobiliar-Exekution ohne Erfolg vorgenommen habe, die Vergeblichkeit der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 2 cit. nunmehr unter Ausschluß jedes Gegenbeweises feststehe. Der Versuch der Zwangs-

---

[2] A.G. § 2. Preußen 35 setzte nach Entsch. 21[250] einen konkreten Versuch der Exekution voraus. Preußen A.G. 55 gab zahlreiche kasuistische Regeln, die das Obertribunal in der engsten dem Anfechtungsrechte ungeneigtesten Weise auslegte. Vgl. Strieth. 14[225]. 43[198]. 80[108]. 92[172].

[3] Selbst Forderungen, die noch nicht fällig sind, Z.P.O. § 743.

[4] So anscheinend Jäckel 38. Dagegen mit Recht Meischeider bei Gruchot 26[469].

[5] Korn 21 flg.

vollstreckung, von dem das Gesetz spricht, muß vielmehr ein erschöpfender gewesen sein, und deshalb darf der Gegner stets den Beweis führen, daß der Versuch nicht ganz erschöpfend war. Will man sich dementgegen auf den Wortlaut des Gesetzes berufen, welcher allerdings von einem Gegenbeweise gegen eine wirklich versuchte Zwangsvollstreckung nicht spricht, so müßte man diesen Gegenbeweis auch dann ausschließen, wenn der Gläubiger auch nur in eine Forderung des Schuldners fruchtlos Exekution vollstreckt hat. Denn das Gesetz räumt nun einmal der Mobiliarpfändung für das Anfechtungsrecht keine besondere Stellung ein. Ueberdies gefährdet die hier vertretene Auffassung die Interessen des Anfechtungsgläubigers nicht erheblich, da der Gegner die von ihm benannten Vermögensstücke des Schuldners als exekutionsfähig, also dessen Forderungen als rechtsgiltig und sicher [6], dessen Grundstücke als nicht überschuldet [7] nachzuweisen hat. Deshalb kann von einer Verpflichtung des Gläubigers, erst die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der schuldnerischen Grundstücke vollständig zu Ende zu führen, auch nach unserer Auffassung nicht die Rede sein [8].

Werden bei einer an sich erfolgreichen Pfändung seitens dritter Personen Interventionsansprüche erhoben, so ist dies an und für sich unerheblich, so lange die Zwangsvollstreckung ihren Fortgang nehmen kann. Die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften kann eben nicht davon abhängen, ob beliebige unbetheiligte Personen willkürliche Eigenthumsansprüche erheben. Sobald jedoch die Zwangsvollstreckung auf Grund der Intervention vorläufig seitens des Gerichts sistirt wird, ist eben damit die Erfolglosigkeit der ersteren dargethan, da von einer Pflicht des Gläubigers, zunächst den Fortgang des Interventionsprozesses durch drei Instanzen abzuwarten, nicht die Rede sein kann. Das Gleiche gilt natürlich auch für den Fall, wo nur „anzunehmen“ ist, daß das Gericht auf Antrag des Intervenienten die Zwangsvollstreckung einstellen würde, also überall, wo der Intervenient seine Ansprüche glaubhaft macht.

Die Zwangsvollstreckung darf keine vollständige Befriedigung bewirken. Eine Verpflichtung des Gläubigers, wenigstens theilweise im Wege der Exekution Befriedigung zu suchen, ehe er zur Anfechtung schreiten darf, ist nicht vorhanden [9].

---

6 Anders Strieth. 80[108].

7 Nicht etwa als „hypothekenfrei“ wie Otto 234 flg. und Wilmowski A.G. § 2 annehmen. Umgekehrt verlangt Entsch. 68[293] vom Gläubiger den Nachweis der Werthlosigkeit des Immobiles, Entsch. 47[366], die Unzulänglichkeit der Revenüen eines Fideikommißgrundstücks u. s. f.

8 So schon früher Schuckmann bei Gruchot 5[174], anders Entsch. 11[60]. 45[394]. 64[389]. Strieth. 43[198]. 78[157].

9 Umgekehrt darf der Gläubiger neben der Anfechtung die anderweiten Exekutionsmaßregeln fortsetzen. Anders Strieth. 92[172]. Vgl. unten § 50 zu Nr. 2.

Nur dann erhält der Gläubiger keine Befriedigung, wenn er auch den Geldwerth seiner Forderung aus dem Vermögen des Schuldners nicht beizutreiben im Stande ist. Die bloße Unmöglichkeit, eine individuell geschuldete Sache oder eine Quantität generisch bestimmter Waare zu liefern, genügt also nicht. Denn nur ganz ausnahmsweise wird der Gläubiger durch die Anfechtung zu der Leistung der Spezies gelangen, die ihm von vornherein geschuldet war, der Regel nach wird er dagegen nur den Ersatz ihres Werthes erhalten. Solange er also den Wertherſatz aus dem eignen Vermögen des Schuldners erlangen kann, gewährt ihm die Anfechtung kein wesentlich neues Recht, und sie kann deshalb auch insoweit, da sie nur zur Anwendung kommen soll, wo andere Exekutionsmaßregeln versagen, nicht für zulässig erachtet werden.

Ein Recht des Gegners, das schuldnerische Vermögen insoweit zu erhöhen, daß es dadurch zur Befriedigung der Hauptforderung zureichend wird, ist nicht anzuerkennen.

2. Im Konkurse findet die Insolvenz des Schuldners ihren zulänglichen Ausdruck schon in der Thatsache, daß der Konkurs eröffnet ist. Und zwar ist hiewider auch ein Gegenbeweis nicht zulässig [10]. Denn wenn einmal wirklich eine Konkursmasse suffizient sein sollte oder wenn sie schon durch eine theilweise Anfechtung zureichend wird, so wird dadurch die Thatsache, daß der Konkurs fortbesteht und die Passiva unbefriedigt und also wirkliche „Konkursforderungen" bleiben, zunächst nicht beseitigt, und die Bedingung der Anfechtung besteht also fort. Dies ist formell nicht zweifelhaft. Aber es ist auch sachlich wohl gerechtfertigt. Denn einestheils kann das Gesetz die Anfechtung nicht davon abhängig machen, ob die Konkurseröffnung motivirt war oder nicht, und anderntheils kann, wenn einmal der Konkurs eröffnet ist, die Suffizienz der Masse endgiltig gar nicht entschieden werden. An dieser Stelle zeigt sich vielmehr die Berücksichtigung der unbekannten Gläubiger im Konkurse auch für den Umfang der Anfechtung [11] von Bedeutung, das Aktivvermögen ist einmal für alle diejenigen, die bis zum Schlusse des Verfahrens Forderungen an den Kridar anmelden und nachweisen, mit Beschlag belegt, ist also zunächst nicht zur Befriedigung der bekannten und unstreitigen Forderungen frei verwendbar, und die Frage, ob die Masse eventuell hierzu ausreichen würde, kann deshalb praktisch nicht in Betracht kommen.

Ein Recht, die Anfechtung durch Deckung der Unterbilanz der Masse zu beseitigen, steht dem Gegner nicht zu.

Das Anfechtungsrecht hört erst auf, wenn diese Exekution zur Befriedigung des Gläubigers führt.

[10] Vgl. hierüber unten § 15 Note 20.

[11] Nämlich für die Frage, ob die Aktiva der Masse zur Deckung der Passiva zureichen; anders für die Frage, ob die Passiva zusammen ohne zuvorigen Abzug der Aktiva den Werth der Anfechtungsobligation erreichen. Vgl. § 10 zu Note 1.

Kapitel vier.

Rechtshandlung.

I. Allgemeines.

§ 12.

Eine weitere allgemeine Voraussetzung der Anfechtung ist eine „Rechtshandlung" als Gegenstand derselben.

Ein technischer Ausdruck ist das Wort „Rechtshandlung" nicht und sein Sinn auch sonst nicht unzweifelhaft. Da das Gesetz indeß in einzelnen Bestimmungen die „Verträge" — § 24[2] — und die „Rechtsgeschäfte" — § 23 — erkennbar nur als spezielle Fälle von Rechtshandlungen auffaßt, da ein sachlicher Grund zu einer einschränkenden Auslegung nicht vorliegt und da endlich auch das römische Recht jedes gerere und facere für anfechtbar erklärt[1], so wird auch für das Reichsgesetz der Begriff ganz allgemein zu fassen und jede Handlung von rechtlicher Wirkung darunter zu verstehen sein[2]. Zweifelhaft ist eigentlich nur, ob nicht diejenigen Handlungen auszuscheiden sind, welche nicht als solche rechtliche Wirkung haben, sondern nur deshalb, weil sie zufällig dem an sich eine Handlung nicht enthaltenden Thatbestande einer rechtlichen Vorschrift entsprechen. Indeß kommt es für die Zwecke der Anfechtung überhaupt gar nicht positiv darauf an, daß eine Handlung vorliegt: daß eine benachtheiligende Rechtswirkung — wie auch immer veranlaßt — vorhanden sei, das ist es, was in erster Linie maßgebend erscheint. Nur in zweiter Linie, aus einem selbständigen Grunde, um bei den Betheiligten den guten und bösen Glauben, Verschulden und Arglist ausreichend berücksichtigen zu können, hat das Gesetz als Ursache der anfechtbaren Rechtswirkung eine Handlung erfordert. Ein innerer Zusammenhang besteht also zwischen dieser doppelten Voraussetzung, der Benachtheiligung der Gläubiger einer-, und der Handlung als Ursache davon andrerseits, nicht. Deshalb muß es auch ausreichen, wenn jedem der beiden Erfordernisse einzeln für sich genügt ist. Daß die Rechtswirkung nur durch

---

[1] L. 1 pr. l. 10 pr. h. t. l. 25 § 7 eod. Huschke 81 will bezüglich des facere und gerere nach den verschiedenen Rechtsmitteln scheiden, dagegen Rudorff 72.

[2] Die Motive ergeben darüber, ob „Rechtshandlung" ein weiterer Begriff wie „Rechtsgeschäft" sein soll, nichts; für sie bedeuten die Ausdrücke: Handlung, Verfügung, Disposition, Rechtsgeschäft, Geschäft, gesta, actes das Gleiche, 114[1]. Ebenso Otto 28 und Meißner, der 119 „Rechtsgeschäft" und „Rechtshandlung" ausdrücklich identifizirt. Anders die R.T.K. Prot. 24, welche zu § 24[1] statt des ersteren im Entwurf gebrauchten Ausdruckes den zweiten wählte, offenbar also deren Bedeutung unterscheiden wollte.

eine Handlung hervorgebracht werden konnte und also in concreto durch eine „Handlung als solche" hervorgebracht ist, das erfordert der Sinn des Gesetzes nicht[3].

Faßt man demgemäß die Kategorieen der anfechtbaren Akte zusammen, so gehören dahin zunächst und als der bei weitem wichtigste Fall die Rechtsgeschäfte, Akte, deren rechtliche Wirkung prinzipiell auf dem Willen des Handelnden beruht und zwar mit ihren zahlreichen im Zivilrecht entwickelten Unterarten, den ein- und zweiseitigen, den lukrativen und lästigen Geschäften u. s. f. Weiter die Spezifikation, die Ersitzung, die absichtliche Sachverbindung und ähnliche Erwerbsakte, bei denen die rechtliche Wirkung nicht nothwendig auf den Willen des Handelnden — der sich ja meist schon vorher für den Eigenthümer hält — zurückführt und die deshalb nicht als eigentliche Rechtsgeschäfte gelten können. Weiter Handlungen, welche in Erfüllung einer Bedingung erfolgen, und bei denen die Absicht des Handelnden oft nichts weniger als den Eintritt der Bedingung, etwa die Verwirkung einer Vertragsstrafe, erstrebt[4]. Sodann Akte, die aus amtlicher Befugniß erfolgen, wie Pfändungen und Judikate; Wechselaccepte, die der Regel nach in Form der Begebung ein Rechtsgeschäft enthalten, in den Fällen aber, wo der Wechsel ohne den Willen des Acceptanten in der Hand eines gutgläubigen Dritten zu einer wirksamen Verpflichtungsurkunde wird, nur als Rechtshandlungen erscheinen. Endlich auch die Unterlassungen, von denen unten noch genauer zu handeln ist.

Dagegen scheiden alle Thatsachen von rechtlicher Wirkung aus, die nicht Handlungen sind, reine Zufälligkeiten etwa, wie der Eintritt einer bestimmten Kurssteigerung, durch welche ein Vertrag laut spezieller Klausel zum Nachtheil des Schuldners verändert wird, weiter unabsichtliche Unterlassungen, durch welche der Schuldner, sei es im Prozesse, sei es außerhalb desselben, Rechte verwirkt. Ebenso scheiden alle Handlungen aus, die nicht von rechtlicher Wirkung sind, mögen sie auch einer Rechtshandlung und inbesondere einer Vermögensübertragung sehr nahe kommen. Man denke, ein Kaufmann fordert durch Zirkular seine Kunden auf, ihre Bestellungen künftig nicht bei ihm, sondern in einem bestimmten andern Geschäfte zu machen, oder theilt seine Fabrikationsgeheimnisse an einen Konkurrenten mit[5]. Selbst wenn der so Begünstigte an der Arglist des Schuldners theilnimmt oder gar als

---

[3] So auch das römische Recht, wenn es die Verwirkung von Servituten durch betrügerischen Nichtgebrauch für anfechtbar erklärt, denn der Verlust der Servitut tritt auch durch ein zufälliges, unbewußtes Nichtgebrauchen ein, welches zweifellos als Handlung nicht zu qualifiziren ist, beruht also auch nicht auf einer „Handlung als solcher".

[4] Dahin gehört auch die Herbeiführung einer Kompensation durch Begründung einer Gegenforderung. Vgl. § 35 Note 20.

[5] Vgl. den Rechtsfall bei Kierulff, (Lübeck) III. 44. Anders l. 25 § 7 D. h. t.

der Anstifter erscheint, kann er auf dem Wege der Anfechtung nicht zur Herausgabe der erlangten Bereicherung gezwungen werden, weil es an einer Rechtswirkung des benachtheiligenden Aktes fehlt. Deshalb ist auch das außergerichtliche Geständniß und namentlich die so häufige Veränderung der Geschäftsbücher des Schuldners [6] an sich nicht anfechtbar: Akte dieser Art sind eben nur als Beweismittel von Bedeutung, und diese Wirkung ist seit Aufhebung der formellen Beweisregeln nur noch eine thatsächliche, keine rechtliche. Der Richter hat deshalb in Betreff aller Geschäfte des Schuldners in jedem einzelnen Falle zu prüfen, was eine bezügliche kaufmännische Buchung, was die Rückgabe eines Schuldinstrumentes für eine Beweiskraft hat, und kann diese Akte auch dann nicht einfach ignoriren, wenn sie nach der Zahlungseinstellung und in allseitiger Kenntniß derselben erfolgt sind [7]. Dagegen bleibt die Anfechtung prinzipiell für Anerkenntnisse, gerichtliche Zugeständnisse, Eidesverweigerungen, ebenso für Quittungen bestehen, weil diese Thatsachen theils unmittelbar für das materielle Recht von Bedeutung sind, theils formellen Beweis und eigentliche Rechtsvermuthungen begründen. Eine Quittung also, welche der Schuldner nach der Zahlungseinstellung einem sachkundigen Gegner über irgend eine Leistung ausstellt, hat, wenn angefochten, nicht mehr die Bedeutung einer wirklichen Präsumtion für die Richtigkeit der Leistung, aber sie behält die Beweiskraft, welche jeder anderen als Indiz verwerthbaren Thatsache zukommt.

II. Unterlassungen.

§ 13.

Die Motive [1] erklären die Unterlassungen, ein blos negatives Verhalten, prinzipiell für nicht anfechtbar. Das Wesen der Anfechtung, führen sie aus, bestehe darin, „Geschehenes ungeschehen zu machen, acsi factum non esset," eine Unterlassung könne aber nicht beseitigt werden; es würde willkürlich sein, an Stelle einer Unterlassung irgend eine bestimmte Handlung zu setzen, noch willkürlicher aber, unmittelbar das verlorene Recht wiederherzustellen.

Diese Ausführung ist nicht überzeugend: die erste Voraussetzung derselben, die Auffassung des Anfechtungsrechtes, ist nicht zu billigen. Denn wäre sie richtig, so wäre die Anfechtung von Unterlassungen geradezu un-

---

[6] S. schon Straccha, de conturb. et decoct. p. III. Nr. 24 flg.

[7] So für Totalquittungen Seuffert 23[97]. Weiter ging die Pr. K.O. § 103[4], die Zugeständnisse der Ehefrau gegenüber schlechthin für anfechtbar erklärt; ähnlich Spanien cod. de com. 1041. Nr. 2.

[1] Mot. 115. Auch die R.T.K. steht, trotz der Opposition des Abg. Goldschmidt, wie die spätere Diskussion des § 24[1] ergiebt, auf demselben Boden, Prot. 22 f.

logisch und widersinnig. Da aber das römische Recht sie dennoch zuläßt[2], so muß auch der römische Begriff der Anfechtung ein anderer gewesen sein, wie der der Motive, und daß die Anfechtung in ihrer elementarsten Konstruktion sich im modernen gegen das römische Recht geändert haben sollte, ist kaum glaublich. In der That ist denn auch nicht abzusehen, warum die anfechtbare Handlung selber als nicht vorhanden angesehen werden sollte. Dies wäre eine reine Fiktion, juristisch und praktisch gleich willkürlich und überflüssig. Juristisch und praktisch bezweckt die Anfechtung doch nur die rechtliche Wirkung des angegriffenen Aktes zu beseitigen, und dazu bedarf es bei den Unterlassungen der Fiktion einer positiven Handlung nicht, sondern es genügt, den Kausalnexus zwischen dem konkreten negativen Verhalten und der konkreten Rechtsfolge festzustellen. Allerdings ist dieser Kausalnexus von anderer Art als wie er zwischen einer positiven Handlung und deren Folgen besteht, und er läßt sich nur verständlich machen, wenn man dem negativen Verhalten in Gedanken irgend eine positive Thätigkeit entgegenstellt, wenn man also dies negative Verhalten als „Unterlassung" deutet. Daß dies aber mit einer Fiktion nichts zu thun hat, und daß solch ein Kausalnexus nicht erkünstelt und erdacht, sondern wirklich vorhanden ist, das erkennt das praktische Leben mit voller Klarheit, und auch das Gesetz betont diesen ursächlichen Zusammenhang, etwa bei der Lehre vom Schadensersatz und im Strafrecht, mit allem Nachdruck.

Zu gleichem Ergebniß gelangt man, wenn man den Gedanken der Motive vom logischen auf das praktische Gebiet überträgt. Hier wird freilich die Unsicherheit eines Schlusses von der Folge auf die Ursache hervorgehoben, wenn letztere nichts als eine Unterlassung sein soll. Warum soll, fragen die Motive, der Verlust einer Servitut durch Verjährung die Folge davon sein, daß der Schuldner gar nicht geklagt hat, da eine ungeeignete, schlecht begründete Klage genau den gleichen Erfolg gehabt hätte. Mit demselben Rechte könnte man aber auch die Anfechtung eines dolosen Verkaufs verneinen, weil das nämliche Geschäft bona fide geschlossen, den gleichen Erfolg gehabt haben würde. Nicht auf mögliche Eventualitäten, sondern auf den wirklichen konkreten Sachverhalt kommt es an, und für diesen ist es klar, daß nicht ein gutgläubiges, sondern ein arglistiges Geschäft, daß nicht eine mangelhafte Klage, sondern das gänzliche Nichtklagen die konkrete Rechtsfolge hervorgebracht hat[3].

---

[2] L. 3 § 1. l. 4 h. 1.

[3] „Kann man sagen, der Schuldner habe dadurch, daß er versäumt, in einem Prozeß ein Vertheidigungsmittel vorzutragen, den Prozeß verloren?" Mot. 115. Gewiß kann man das, gerade so, wie man es bei einem fraudulosen Anerkenntniß des Kridars kann. Allerdings konnte der Prozeß auch verloren gehen, wenn der Schuldner den Gebrauch des Vertheidigungsmittels nicht verabsäumt hätte; aber

Prinzipiell erscheint also die Anfechtung der Unterlassungen völlig zulässig. Daß ihr aber der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegensteht, sollte nicht bestritten werden. Denn allerdings verlangt das Gesetz eine „Handlung". Handlung ist aber nichts als die bewußte Ausführung des eignen Willens und umfaßt gleichmäßig den Fall, wo die Ausführung in einem veränderten, wie da, wo sie in der Bewahrung des früheren Verhaltens besteht. So haben denn auch die Römer, wie bereits betont, die Unterlassungen unter die gesta, das Preuß. Landrecht dieselben gegebenen Falls unter die unerlaubten, das Strafgesetzbuch unter die strafbaren Handlungen gestellt[4]. Die Auslegung der Motive steht also auch mit dem Wortlaute des Gesetzes, welches Handlungen allgemein, nicht blos positive Handlungen der Anfechtung unterwirft, geradezu in Widerspruch.

Dazu ist praktisch die hier vertretene Auffassung von größter Bedeutung. Erfahrungsmäßig sucht der Schuldner seine Mitwirkung bei den Manipulationen gegen die Gläubiger möglichst zu verdecken, möglichst eine passive Rolle zu wahren, und es ist von großem Werthe für die Masse, daß sie nicht jedesmal die unter dem Deckmantel der Passivität verborgene selbstthätige Mitwirkung des Schuldners darzulegen braucht. Aber auch abgesehen von dieser Beweisfrage hat der Schuldner materiell die Macht, gerade durch ein absolut passives Verhalten seine Gläubiger auf das empfindlichste zu schädigen. Man denke nur, daß er seine sämmtlichen Wechselforderungen durch Nichtprotest verfallen lassen kann. Es ist in der That unerfindlich, wie die Motive klar bewußt den Gläubigern gegen eine Manipulation dieser Art die Hilfe haben versagen können, und zwar um einer theoretischen Schwierigkeit willen, die, wie das römische Recht beweist, sicher zu überwinden war. Die Motive machen denn auch Konzessionen, etwa für den Fall des Nichterscheinens im Verhandlungstermin, weil alsdann der Nichterscheinende als geständig angesehen und seine Unterlassung nach Spezialgesetz einer positiven Handlung gleichgestellt würde. Aber diese Konzession ist bedeutungslos, denn im Sinne der Motive würde die Anfechtung nur darin bestehen, daß das fingirte Geständniß als nicht abgegeben anzusehen wäre, ac si factum non esset. Prozessualisch wäre dies aber gleichgiltig, da immer noch ein Antrag auf Abweisung der Klage, immer noch ein wirksames Bestreiten — insbesondere ein Bestreiten durch einen Anwalt im Anwaltsprozeß, die richtige Begrenzung des Bestreitens und Nichtwissens, die Erklärung über Urkunden und Eidesanträge — fehlen würde. Die Theorie der Motive erscheint also für die von ihr selbst zugelassenen Fälle undurchführbar.

---

auch wenn er nicht anerkannt hätte, hätte er den Prozeß verlieren können. Man sieht, Unterlassungen und positive Handlungen stehen sich insoweit völlig gleich.

[4] L.R. I. 6 § 9. St.G.B. § 139.

Natürlich gilt dies alles aber nur für absichtliche und bewußte Unterlassungen, allen andern fehlt ein wesentliches Moment der Handlung, — der bestimmende Wille, und sie sind deshalb nach dem unzweifelhaften Wortlaut des Gesetzes der Anfechtung nicht unterworfen. Dies auch dann, wenn sie auf einer groben Fahrlässigkeit des Schuldners beruhen, obschon hier die Zulassung der Anfechtung recht zweckmäßig gewesen wäre[5]. Nur ist schon hier zu betonen, daß zwar stets eine Handlung, bei einzelnen Fällen der Anfechtung aber nicht gerade eine Handlung des Schuldners erforderlich ist, und daß in diesem Sinne, soweit nur die Handlung eines Dritten und namentlich des Anfechtungsgegners, z. B. als Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheils, konkurrirt, vereinzelt auch eine unabsichtliche Unterlassung des Schuldners anfechtbar sein kann[6].

III. Ungiltige Rechtshandlungen. Irrthum und Zwang.

§ 14.

Das Gesetz unterscheidet bei der Anfechtung nicht zwischen giltigen und ungiltigen Rechtshandlungen, und deshalb müssen auch die letzteren, da der feststehende Sprachgebrauch sie gerade durch diese seine Terminologie als Rechtshandlungen anerkennt, der Anfechtung aus dem Rechte der Gläubiger unterworfen werden. Nur mit Rücksicht darauf, daß diese Anfechtbarkeit in Zweifel gezogen und hie und da sogar mit allem Nachdruck bestritten worden ist[1], muß hier näher darauf eingegangen werden.

---

[5] Vgl. § 19 Nr. 1.

[6] Mit unserer Auffassung stimmen überein Dernburg II. 322[3], Fitting 141[11], im Wesentlichen auch Wilmowski 146. Auch Savigny, System. IV. 563 flg., auf den die Motive sich berufen, differirt nicht, denn wenn er einer Unterlassung prinzipiell den Charakter einer Schenkung abspricht, so ist der Grund, da, er die Schenkung für ein Rechtsgeschäft und nicht für eine bloße Rechtshandlung erklärt; und überdies läßt er fast alle wichtigen Fälle als Ausnahme zu, vgl. namentlich S. 582. Zweifelhaft ist Mandry 514[12], den Motiven folgen Wengler 181, Stieglitz 126, Hullmann 136[8], Sarwey 142, Kranichfeld 12, Eccius 611, Korn 46 flg., wogegen Meißner 112, Petersen 119 flg. und früher Meischeider 22. 25 flg. u. bei Gruchot IV[351] und Beisert 41 auch die jetzt von den Motiven gemachten oben erwähnten Konzessionen ablehnen. Andere lassen vermittelnd die Anfechtung von Unterlassungen in gewissen Fällen zu, Fuchs 45, wenn sie ein verstecktes Thun enthalten, Otto 42 flg., wenn sie einen Konservativ- im Gegensatz zu einem Erwerbsakt betreffen, Völdernborff 261 flg., wenn sie einmalig und kurze Zeit dauernd, Eck 301, wenn sie Ausdruck des Parteiwillens sind, z. B. Kontumaz, nicht aber Verjährung. Umgekehrt erklärt Jäckel 49 alle Unterlassungen, anscheinend also auch die unabsichtlichen, für anfechtbar. Unklar Grützmann 116 flg.

[1] Otto 26 flg., Wilmowski 148 und namentlich Jäckel 8 flg. Vgl. dagegen

Soweit eine Rechtshandlung schlechterdings ohne juristische Wirkung ist, ist sie allerdings nur scheinbar „Rechtshandlung", nur durch einen ungenauen Sprachgebrauch trägt sie diesen Namen, und schon um deshalb hat die Anfechtung auf dieselbe keine Anwendung; sie würde hier überdies jedes verständigen Zweckes entbehren, da sie eine Rechtswirkung nicht erst umstoßen kann, die überhaupt gar nicht eingetreten ist. Fälle dieser Art bilden aber die Ausnahme, wenn schon ein formloses Schenkungsversprechen nach preußischem Recht immerhin ein zutreffendes Beispiel bildet. In den meisten Fällen bringen dagegen die ungiltigen Rechtshandlungen rechtliche Wirkungen allerdings hervor, und die Bedeutung der Ungiltigkeit ist nur, daß die Wirkung anders ausfällt, als der Handelnde sie beabsichtigt hat. Insoweit ist aber ein Gegenstand der Anfechtung sofort gegeben.

Zunächst da, wo die ursprüngliche Ungiltigkeit der Handlung auf einem einseitigen Rechte des Schuldners beruht — dieser ist z. B. zu der Vornahme des anfechtbaren Aktes durch Betrug verleitet —, wird dies nirgends bestritten werden. Es steht alsdann den Gläubigern ein doppeltes Recht zu, den ihnen nachtheiligen Akt zu beseitigen, und sie haben einfach die Wahl zwischen beiden Rechten. Aber auch da, wo die Ungiltigkeit auf einem Rechte des Gegners beruht, etwa so, daß dieser einen aus K.O. § 24[2] anfechtbaren Kauf wegen heimlicher Mängel aufrufen darf, oder da, wo sie, wie bei Scheingeschäften, absolute Nichtigkeit ist, braucht es an Rechtswirkungen nicht vollständig zu fehlen. Denn wenn z. B. der anfechtbare Akt zu der Uebergabe einer Sache geführt hat, hat der Empfänger durch denselben Besitz, und zwar an sich redlichen Besitz erlangt, und damit zunächst die Rechtsstellung eines gutgläubigen Besitzers erworben. Er hat somit ganz bestimmte Rechte bezüglich der Früchte, der Verwendungen, der Haftung für Beschädigungen erlangt, und weiter auch den hauptsächlichsten Vortheil des Besitzes, die Abwälzung der Beweislast, erzielt, nöthigt also den andern Theil, nicht bloß die Ungiltigkeit der Tradition, sondern vor allem positiv sein eigenes Recht zur Sache darzuthun. Vereinzelt — wie bei der Schenkung zwischen Ehegatten — ist der Empfänger sogar nur auf die noch vorhandene Bereicherung verhaftet. In allen diesen Fällen haben nun offenbar die Gläubiger das allerdringendste Interesse daran, die Rechtsstellung des Gegners noch aus einem anderen Fundamente anzugreifen und ihn der strengeren Haftung des Anfechtungsrechtes zu unterwerfen, und es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetz ihnen für diese Fälle das Anfechtungsrecht nicht hat versagen wollen.

Wichtig ist dies namentlich für Schenkungen zwischen Ehegatten, die in der Mark wie nach gemeinem Rechte nichtig sind, aber doch nur eine

---

Korn 166. Die Motive begnügen sich S. 131 mit der Andeutung, die Anfechtung von Scheingeschäften würde „streng genommen ohne Gegenstand sein".

Haftung in Höhe der jeweiligen Bereicherung begründen. Kannte hier der beschenkte Ehegatte die Insolvenz des Schenkers, so kann er innerhalb zweier Jahre in der vollen Höhe der Schenkung haftbar gemacht werden. Wichtig ist unser Grundsatz weiter für Scheingeschäfte. Denn diese enthalten zunächst keinerlei Rechtsverletzung, begründen deshalb auch für keinen der Kontrahenten die Stellung eines schlechtgläubigen Besitzers. In der Mehrzahl der Fälle aber enthalten diese Geschäfte die schwerste Schädigung der Interessen auf Seite der Gläubiger des einen oder gar beider Theile. Soll nun wirklich bei einem Geschäft, welches an sich allen Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes entspricht und dessen Kontrahenten vom Standpunkte dieses Gesetzes auch als schlechtgläubig gelten würden, der Gegner um deswillen als gutgläubig behandelt werden, weil das ganze Geschäft simulirt und deshalb nichtig sei, und um dieser Nichtigkeit willen die Anfechtung aus dem Rechte der Gläubiger keinen Raum mehr habe?[2] Soll man endlich folgenden Einwand für erheblich halten: Der vom Kridar dolos erklärte Forderungserlaß sei Mangels Schriftlichkeit ungiltig und deshalb der konkursmäßigen Anfechtung nicht unterworfen; andererseits sei aber die erlassene Forderung seitdem verjährt, und diese Verjährung, weil von keiner Seite beabsichtigt, sei gleichfalls nicht anfechtbar?

Wir werden hiernach die Anfechtung auch gegenüber nichtigen oder anderswie ungiltigen Rechtsakten zur Anwendung bringen. Immerhin muß aber der Rechtsakt im Sinne des Gesetzes als eine Handlung erscheinen, so daß eine Ungiltigkeit, welche zugleich den Begriff der Handlung im Rechtssinne aufhebt, allerdings die Anfechtung ausschließen muß. Denn ein Akt dieser Art gilt eben vom Standpunkt des Gesetzes aus nur als ein zufälliges Ereigniß, und da ein solches der Anfechtung, wie wir sahen, nicht unterworfen ist, scheiden auch diese scheinbaren Handlungen von dem Gebiet der Anfechtung aus. Dahin gehören namentlich Verfügungen, welche ein geisteskranker Schuldner in der Absicht vornimmt, seine Gläubiger zu schädigen; der Anfechtungsgegner, welcher zwar zugiebt, jene Absicht des Schuldners gekannt zu haben, seine Geisteskrankheit dagegen nicht gekannt haben will, haftet also zwar noch immer auf Restitution, aber doch nur um der ihm unbekannten Handlungsunfähigkeit des Anderen willen, also als redlicher Besitzer. So wunderbar dies klingt, es ist eben nur die Konsequenz eines Gesetzes, welches in der Mehrzahl der Fälle noch immer wie im römischen Recht den Anfechtungsgegner weniger nach seinem eigenen als nach dem Verhalten des Schuldners beurtheilt. Des Weiteren schließt auch

---

[2] Die Anfechtung lassen denn auch zu Wilmowski 167, Hartmann 47. So auch Spanien, cod. de com. 1042. Anders Otto 26 flg. und namentlich Jäckel 8 flg. Ganz etwas anderes ist es natürlich, ob ein Scheingeschäft schon als solches anfechtbar sein solle. Darüber vgl. unten § 22 zu Note 4.

ein wesentlicher Irrthum desjenigen, dessen Handlung gesetzlich nothwendig ist, die Anfechtung aus. Allerdings bezeichnet das Gesetz in kasuistischer Strenge stets diejenigen Thatsachen ausdrücklich, deren Kenntniß es bei dem Handelnden verlangt, und es kann deshalb im Allgemeinen die Anfechtung nicht von der Kenntniß anderweitiger Thatsachen bez. von einem Irrthum über dieselben abhängig gemacht werden. Wir lassen deshalb die Anfechtung auch dann zu, wenn der Gegner nicht gewußt hat, daß das mit dem insolventen Schuldner geschlossene Geschäft schon durch seine Eingehung dessen Gläubiger benachtheilige, oder wenn der mit dem späteren Kridar kontrahirende Prokurist des Gegners in Unkenntniß darüber war, daß die Ehefrau seines Prinzipals eine Schwägerin des Kridars ist. Dagegen darf dies argumentum a contrario nicht auf diejenigen Voraussetzungen ausgedehnt werden, welche allen Fällen der Anfechtung gemeinsam sind, weil das Gesetz sich über die Kenntniß dieser allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtung überhaupt nicht ausläßt, immerhin aber mit dem Erforderniß einer „Rechtshandlung" nicht ein blindes unbewußtes Thun hat bezeichnen wollen. Deshalb muß der, dessen Handlung vom Gesetz gefordert wird, das Bewußtsein gehabt haben, daß damit das Vermögen gerade des späteren insolventen Schuldners verkürzt werde. Wenn also Jemand mit dem notorisch insolventen Sozius einer solventen Handelsgesellschaft kontrahirt, im Glauben, derselbe trete im Namen der letzteren auf, oder wenn ein Gläubiger eine Zahlung von dem Schwiegervater des späteren Kridars annimmt, ohne zu wissen, daß der Schwiegervater mit dem Gelde des letzteren, nicht aus eigenen Mitteln zahlt, so ist die Anfechtung eines solchen Aktes nur nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, nicht aber die Anfechtung aus dem speziellen Recht der Gläubiger zulässig[3].

Auch eine Handlung, die auf einem unwiderstehlichen Zwange beruht — z. B. die Zahlung einer Geldsumme, die der Gerichtsvollzieher andernfalls sofort pfänden würde — ist im Sinne des Gesetzes keine Handlung. Sobald aber gegen den Zwang rechtlich oder thatsächlich eine Möglichkeit des Widerstandes, wenn auch nur auf kurze Zeit, vorhanden war, aber absichtlich — d. h. im Sinne des Gesetzes: ‚bewußt'[4] — nicht benutzt

---

[3] Ein Irrthum über die Zulänglichkeit des dem Schuldner gewährten Entgelts ist also unerheblich. Denn ob das Entgelt zulänglich ist, kann sich z. B. bei der paulianischen Anfechtung oft erst nach Abschluß des Geschäfts entscheiden, und ein Irrthum des Gläubigers über die Zulänglichkeit des Entgelts kann in diesem Falle offenbar nicht erheblich sein. Es handelt sich hier also keinesfalls um eine allgemeine, allen Fällen der Anfechtung gemeinsame Voraussetzung derselben, und es ist deshalb nach dem im Text bezeichneten Prinzip in Ermangelung einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes ein Irrthum in diesem Punkte zur Beseitigung der Anfechtung nicht geeignet.

[4] Vgl. unten § 17 Nr. 3. So auch, wenn die Handlung in einer bestimmten

wurde, liegt auch eine Handlung vor, und damit ist der Anfechtung Raum gegeben. Aber auch ein unwiderstehlicher Zwang oder die unabsichtliche Versäumniß des Widerstandes gegen denselben schließt die Anfechtung natürlich dann nicht aus, wenn das Gesetz eine Handlung dessen überhaupt gar nicht fordert, gegen den der Zwang ausgeübt wird; in diesem Sinne ist z. B. eine exekutive Pfändung anfechtbar, wenn der extrahirende Gläubiger zur Zeit der Exekution die Zahlungseinstellung seines Schuldners gekannt hat.

IV. Prozeßhandlungen.

§ 14a.

Sowenig die Anfechtung dadurch ausgeschlossen wird, daß der streitige Rechtsakt schon anderweit ungiltig ist, sowenig steht ihr die besondere Steigerung der Rechtswirkungen entgegen, welche die anzufechtende Handlung durch ihre Einkleidung in prozessualische Formen erfährt. Vielmehr bestimmen die Reichsgesetze ausdrücklich: die Anfechtung werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist[1]. Weiter wird aber auch ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzes die Anfechtung gegen jede andere Prozeßhandlung zuzulassen sein, welche die Gläubiger eines insolventen Schuldners schädigt und auch im Uebrigen den Voraussetzungen der Anfechtung entspricht. In diesem Sinne kann z. B. ein Anerkenntniß, der Verzicht auf ein Beweismittel, die Zurückschiebung eines Eides, die Unterlassung der Berufung anfechtbar sein.

1. Rechtskräftige Urtheile, welche mit Bezug auf ein anfechtbares Geschäft zwischen dem Schuldner und dem Gegner ergehen, schließen

---

Absicht — z. B. der, die Gläubiger zu benachtheiligen, — geschehen sein muß. Allerdings wird hier, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nach, die kritische Absicht gefehlt haben, da der Schuldner mit der streitigen Handlung eben nur dem Zwange nachzugeben beabsichtigt hat. Aber er war sich dabei doch „bewußt", daß seine Nachgiebigkeit die Gläubiger schlechter stellte, als wenn er dem Zwange widerstand, und dieses Bewußtsein genügt dem Gesetze. Anders die englische Praxis, welche nur a spontaneous settlement des Schuldners für eine fraudulent preference eines Gläubigers erachtet, und deshalb die Anfechtung schon bei dringender Mahnung, ja einer grundlosen Drohung des Gläubigers ausschließt. Vgl. z. B. Pitt-Taylor zu Bankr. Act 1869 s. 92 Note a. Robson 143.

[1] K.O. § 28. A.G. § 6, früher Preußen A.G. § 8, ebenso auch schon die Dekl. v. 18. Nov. 1702 (Boulay-Paty, des faillites 36), die Act of Bankr. 32 & 33 Vict. ch. 71 s. 95, Amerika s. 35. Auch die neuere französische Jurisprudenz schließt die Anfechtung von Urtheilen nicht grundsätzlich aus. Bédarride I. Nr. 119 quatuor. Vgl. aber unten § 19 Anm. 2.

nach dem eben bezeichneten Grundsatz die Anfechtung dieses Geschäfts nicht aus. Und zwar bedarf es einer besondern Anfechtung des Urtheils, bez. der Prozeßhandlungen, auf welchen das Urtheil beruht, nicht. Das ergiebt schon der Wortlaut des Gesetzes, ist aber auch sachlich gerechtfertigt. Denn bei einem Hauptfall der Anfechtung — der gegen Verwandte des Schuldners — wird als ihr Gegenstand ein „Vertrag" gefordert; da nun ein Urtheil nur ausnahmsweise auf einen Vertrag zurückgeführt werden kann, würde in den Grenzen dieses Falles eine besondere Anfechtung des Urtheils der Regel nach nicht zu begründen, die Anfechtung gegen Verwandte also der gesetzlichen Vorschrift zuwider durch Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels meist ausgeschlossen sein. Die herrschende Meinung stimmt mit dieser Auffassung überein und erklärt sie einfach damit, das Urtheil, welches zwischen Schuldner und Gegner ergehe, sei für die Gläubiger res inter alios acta und präjudizire ihnen deshalb nicht, ohne daß es einer besondern Anfechtung gegen das Urtheil bedürfte[2]. Das ist, so allgemein gefaßt, nicht richtig. Auch jeder Vertrag zwischen Gegner und Schuldner ist für die Gläubiger res inter alios acta und doch für sie solange verbindlich, bis er im Wege besonderer Anfechtung ihnen gegenüber für unwirksam erklärt ist. An sich wäre nun auch eine Judikatsobligation des Schuldners nicht anders zu behandeln. Wenn das Gesetz nun trotzdem, wie wir gesehen, einer andern Methode folgt, so kann dies nur auf dem Gedanken beruhen, daß schon die Vornahme der anfechtbaren Handlung als solche den Gläubigern ein selbständiges, wenn auch höchst eventuelles Recht auf Rückgewähr des ihnen entzogenen Vermögenswerthes giebt; geht man nämlich von dieser Voraussetzung aus, so gewinnt der Satz, daß das zwischen Schuldner und Gegner ergehende Urtheil für die Gläubiger res inter alios acta sei, einen andern und zutreffenden Sinn; denn es ist klar, daß eine spätere Judikatsobligation des Schuldners, auch wenn sie an und für sich nicht anfechtbar ist, einem erworbenen Rechte der Gläubiger nicht mehr präjudiziren kann.

Die Konsequenz dieser Auffassung ist, daß der Gegner sich der prima facie begründeten Anfechtung gegenüber auf das zu seinen Gunsten ergangene Urtheil überhaupt nicht berufen darf. Er kann also nicht nur selbstverständlich nicht behaupten, daß der streitige Rechtsakt durch seine judikatmäßige Feststellung der Kritik durch den Schuldner ebenso wie durch dessen Gläubiger entzogen sei. Vielmehr ist der Inhalt der Entscheidung auch in den Details für die Gläubiger bedeutungslos. Namentlich kann ihnen, wenn sie die Unentgeltlichkeit einer Verfügung oder ein bestimmtes Datum für die Entstehung eines Vertrages des Schuldners behaupten und beweisen, nicht die Einrede entgegengesetzt werden, die Entgeltlichkeit der

---

[2] Z. B. Wilmowski zu § 28[1]. Richtig Tur 126.

Verfügung, der frühere Abschluß des Vertrages stehe rechtskräftig fest[3]. Ja sogar dann, wenn das ursprüngliche Geschäft die gegnerische Forderung der Höhe noch unbestimmt ließ oder Kündigungstermine vorschrieb, ist es für die Gläubiger nicht verbindlich, wenn ein späteres gegen den Schuldner ergehendes Erkenntniß die Höhe der Forderung oder ihre sofortige Fälligkeit feststellt. Nur insoweit das Judikat eine neue von den Rechtswirkungen des ursprünglichen Geschäfts ganz unabhängige Verkürzung der Gläubiger involvirt, — z. B. die ursprünglich auf 10 000 Mark festgesetzte Forderung des Gegners verdoppelt, — läßt sich ein Widerstreit zwischen dem Judikat und einem erworbenen Anfechtungsrecht der Gläubiger nicht annehmen, und das erstere ist somit in Höhe dieses Betrages für die Gläubiger solange verbindlich, als es nicht selbständig für sich angefochten wird.

Auch abgesehen von Fällen der letzteren Art ist das vom Gegner erstrittene Urtheil übrigens auch im Anfechtungsprozeß nicht ohne Bedeutung. Vielmehr präjudizirt es den Gläubigern solange, als sie die Anfechtbarkeit des ursprünglichen materiellen Rechtsgeschäfts nicht dargethan haben. Dadurch wird denn z. B. die Beweislast erheblich verschoben, und etwa das Datum des anzufechtenden Vertrages, welches an sich der die Erfüllung des Vertrages fordernde Gegner beweisen müßte, ist bei rechtskräftiger Feststellung des Vertrages von den Gläubigern zu beweisen.

2. Urtheile erster Instanz[4]. Ein schwebender Prozeß gegen den Schuldner bezüglich des anfechtbaren Aktes kann wenigstens zur Verfolgung der konkursmäßigen Anfechtung vom Verwalter aufgenommen werden, soweit die Prozeßlage überhaupt das Vorbringen eines neuen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels dieser Art gestattet. Alsdann ergiebt sich die Unwirksamkeit des etwa zu Gunsten des Gegners in erster Instanz ergangenen Urtheils den Gläubigern gegenüber in den gewöhnlichen Prozeßformen. Der Konkursverwalter ist aber keinesfalls an diese Formen gebunden, schon deshalb, weil er für die Verhandlung des Anfechtungsrechts sonst eine Instanz verlieren würde. Auch braucht er sein Anfechtungsrecht nicht durch besondern Vorbehalt zu wahren, da er vielfach zu der Zeit, wo er nach Aufnahme des Prozesses denselben zu Ende führt — es stand vielleicht nur noch der letzte Termin zweiter Instanz aus — das Anfechtungsrecht gar nicht gekannt hat. Dies alles ist nun freilich sehr singulär und ein tiefer Eingriff in die konsumirende Kraft, welche sonst dem Prozeß und speziell der Prozeßentscheidung zugeschrieben wird: ein Eingriff namentlich in den

---

3 Otto 87. Völdernborff I. 336[6]. A. M. Sarwey 195.

4 Vgl. hierüber unten § 40 und § 42. Hier kommt die Frage in Betracht, ob der Verwalter bei der Anfechtung den Kridar oder die Gläubiger vertritt; jedoch bleibt das im Text zu besprechende Problem gleich schwierig, ob man nun jene Frage im ersteren oder letzteren Sinn beantwortet.

Satz, daß eine Einrede, die in einem Prozeß rechtlich erhoben werden kann, im Falle ihrer Nichterhebung selbst dann als aberkannt gilt, wenn ihrer Erhebung die Unkenntniß des Berechtigten oder thatsächliche Hindernisse andrer Art im Wege standen. Jede andere Lösung des Problems würde aber praktisch unerträgliche Konsequenzen haben. Wir müssen diese Singularität deshalb hinnehmen, und damit erklären, daß die ganze Rechtsstellung des Verwalters und insbesondere seine Befugniß, gleichzeitig die Gläubiger und den Gemeinschuldner zu vertreten, schon an und für sich eine höchst eigenartige Rechtsbildung ist und dementsprechend auch manche Abweichungen von allgemeinen Rechtsgrundsätzen veranlaßt.

3. Exekutionen und Arreste sind — ähnlich wie rechtskräftige Urtheile — von selbst hinfällig, wenn sie sich auf ein anfechtbares materielles Schuldverhältniß beziehen, und z. B. für eine kurz vor der Konkurseröffnung vom Schuldner gemachte, in ein Darlehnsgeschäft verkleidete Schenkung im Arrestwege eine Hypothek auf dem Grundstück des Schuldners vorgemerkt wird. Es bedarf alsdann einer besondern Anfechtung dieser Rechtsakte nicht; dagegen ist solche besondere Anfechtung überall geboten, wo das materielle Schuldverhältniß selbst nicht anfechtbar ist, und nur seine Erfüllung oder Sicherung — etwa aus dem Grunde der Insolvenz — angefochten werden soll.

4. Einzelheiten können erst bei den speziellen Fällen der Anfechtung erörtert werden, weil erst dort festgestellt werden kann, in welchem Umfange die subjektiven und objektiven Voraussetzungen jedes speziellen Falles bei Prozeßhandlungen zutreffen können. Hier ist nur hervorzuheben, daß das Gesetz sich gerade in dieser Beziehung einer höchst unerquicklichen Kasuistik bedient und ohne erkennbaren Grund, indem es bald die Mitwirkung des Schuldners bei der anzufechtenden Rechtshandlung fordert, bald nicht, indem es bald eine Rechtshandlung, bald ein Rechtsgeschäft oder eine Verfügung, bald endlich einen Vertrag als Gegenstand der Anfechtung voraussetzt, die Anfechtbarkeit der Prozeßhandlungen fast für jeden Fall der Anfechtung verschieden normirt. Auch ist es, da das Gesetz bald nur eine Handlung des Schuldners, bald eine des Gegners, bald die irgend einer beliebigen Person zur Bedingung der Anfechtung macht, für jeden Fall besonders zu untersuchen, ob ein richterlicher Akt — Urtheil, Arrestbefehl u. s. w. — als solcher selbständig angefochten werden kann[5].

---

[5] Vgl. unten § 19, namentlich Nr. 3. Die herrschende Meinung verneint die Frage allgemein. Wilmowski 182, Hartmann 76. So auch die französische Praxis. Vgl. § 19[2].

Kapitel fünf.

Verkürzung der Gläubiger.

I. Allgemeines.

§ 15.

Von einer näheren allgemein giltigen Bestimmung des Inhaltes der anfechtbaren Handlung sieht das Gesetz ab und beschränkt sich auf die Bezeichnung der speziellen Fälle, in welchen die Anfechtung stattfinden soll. Dennoch sind noch einzelne sehr erhebliche Momente vorhanden, die allen diesen speziellen Fällen gemeinsam sind und die also als Bedingung der Anfechtung schlechthin erscheinen. Als solches ist hier zunächst das wichtigste derselben darzustellen, daß nämlich die anfechtbare Handlung eine Verkürzung der Gläubiger enthalten muß. Und zwar zeigt sich dies Erforderniß in dreifacher Richtung.

1. Verkürzung der Exekutionsmittel. Ihrem Wesen nach soll die Anfechtung neben dem exekutionsbereiten Vermögen des Schuldners den Gläubigern anderweite an sich der Zwangsvollstreckung nicht unterworfene Befriedigungsmittel verschaffen. Und zwar, — was wiederum aus ihrem Wesen folgt, — nicht positiv, sondern negativ, nicht rechtschaffend, sondern durch Beseitigung rechtlicher Wirkungen. Daraus folgt in einfacher Konsequenz, daß die anfechtbare Handlung den Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen haben muß.

Für die hierher gehörigen Fälle ergiebt sich ein doppeltes Schema. Die Entziehung geht entweder direkt vor sich, so daß ein Vermögensstück, ein „Recht" im weiteren Sinne, ganz oder theilweise aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden wird und damit aus dem Bereiche der Zwangsvollstreckung direkt heraustritt. So bei der Eigenthumsübertragung, der Veräußerung oder der sonstigen Aufgabe anderer Rechte, eines Nießbrauchs, Pfandrechts, einer Forderung; auch bei der Besitzübertragung, sofern dem Schuldner ein anderes als das auf bloßem Besitz beruhende Recht nicht zustand. Ebenso aber auch bei einer dinglichen Belastung des Vermögens, die vielleicht nicht als Veräußerung zu charakterisiren ist, immerhin aber für ihren Umfang das belastete Objekt der Exekution direkt entzieht. Endlich auch bei einer thatsächlichen Verschlechterung oder Zerstörung von Vermögensstücken, obschon diese aus anderen Gründen meist der Anfechtung entzogen sind. Oder aber zweitens tritt die Verkürzung der Zwangsvollstreckung indirekt ein, indem zwar das Exekutionsobjekt im Vermögen des Schuldners belassen, aber der Zugriff der Gläubiger durch Konkurrenz gleichstehender oder gar bevorzugter Befriedigungsrechte geschmälert wird.

Dies ist der Fall bei Aufnahme persönlicher Schulden und weiter bei der Verpfändung von Vermögensstücken für bestehende oder neu begründete Forderungen Dritter.

Die Entziehung von Befriedigungsmitteln braucht nun aber nur, unmittelbar oder mittelbar, die Wirkung der anfechtbaren Handlung, nicht ihr direkter Inhalt zu sein. Deshalb können prozessuale Geständnisse und reine Unterlassungen diesem Erforderniß genügen. Deshalb ist z. B. der Verzicht auf eine an sich nicht pfändbare Alimentenforderung anfechtbar[1], weil in Folge davon die nothdürftige Nahrung des Schuldners aus seinem anderweiten Vermögen zu beschaffen ist, und dadurch die Exekution in dasselbe indirekt beschränkt wird. Dagegen ist eine Handlung von der Anfechtung ausgeschlossen, welche entweder ein die Zwangsvollstreckung auch nicht indirekt berührendes Objekt betrifft[2] oder welche die Zwangsvollstreckung in dasselbe nicht beseitigt[3]. Darum hängt die Frage, ob die Rückzession des Verlagsrechtes an den Autor bei dem Konkurse des Buchhändlers, ob der Verzicht auf eine angefallene Erbschaft anfechtbar ist, in allererster Linie davon ab, ob die Zwangsvollstreckung in die Urheberrechte, in das Recht auf den Erbschaftserwerb zugelassen ist. Deshalb läßt sich weiter die Anfechtbarkeit einer Leihe, einer Vermiethung, eines zinslosen Darlehns gegen sofortige Kündigung nur ausnahmsweise begründen, während sie doch an sich in Form einer nachträglichen Vergütung für den überlassenen Gebrauch sehr wohl denkbar wäre: denn durch ein solches Rechtsgeschäft wird die Zwangsvollstreckung in das Leih- oder Miethobjekt weder beschränkt noch aufgehoben, vielmehr nur die Form derselben verwandelt[4].

Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die Frage zu entscheiden, inwieweit Verfügungen des Schuldners über fremdes Vermögen anfechtbar sind. Der Regel nach ist dazu — namentlich auch bezüglich der Illaten der Ehefrau nach Landrecht — erforderlich, daß der Schuldner im Besitze war; denn nur insoweit ist die ausreichende Grundlage für die Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger des Ehemannes gegeben, ist also die Veräußerung eine Verkürzung der Exekutionsmittel[5]; sonst ist nur der Nießbrauch des Ehemannes, und zwar abzüglich[6] der darauf liegenden Last

---

[1] Vgl. unten § 45 Note 7.

[2] Korn 36. Namentlich Dienstleistungen, die der Schuldner unentgeltlich übernimmt.

[3] Vgl. unten § 18 Note 8 und Robson 128.

[4] Anders Sarwey 181, der die Anfechtung zulassen will. Ueber die Anfechtung einer Verpachtung vgl. § 16 Nr. 3a.

[5] Vgl. unten § 43 zu Note 12: denn die Exekution der Gläubiger ist solange zulässig, als die Ehefrau nicht intervenirt.

[6] Entsch. 24¹¹¹ Reichsgericht I. 136. Nach der ersteren Entscheidung ruht die Last auch auf den rückständigen Revenüen.

der Unterhaltung der Ehefrau, Exekutionsmittel und also eventuell Objekt der Anfechtung. Haftet dagegen das fremde Vermögen, wie etwa das der gütergemeinschaftlichen Ehefrau, direkt für die Schulden des Ehemanns, so sind dessen Verfügungen auch dann anfechtbar, wenn er nicht im Besitze war[7]; denn hier steht eben den Gläubigern die Befugniß zu, sich aus dem fremden Vermögen befriedigt zu machen, und eine Minderung desselben verkürzt daher ihre Befriedigungsmittel.

Hatte der Schuldner nur ein Forderungsrecht auf den veräußerten Gegenstand, so ist dieser an sich ein fremdes Objekt, und die Veräußerung deshalb, soweit der Schuldner nicht im Besitze war, nur bezüglich des Forderungsrechtes, also nur gegenüber dem persönlichen Schuldner, nicht auch gegenüber dem neuen Erwerber anfechtbar. Denn der neue Erwerber durfte jenen obligatorischen Anspruch überhaupt ignoriren, und er muß deshalb auch ignoriren können, daß der Forderungsberechtigte insolvent war oder daß er seine Gläubiger durch die Einwilligung in die Veräußerung absichtlich benachtheiligen wollte; diese Thatsache kann also, mag er sie gekannt haben oder nicht, die Giltigkeit seines Erwerbes nicht gefährden[8]. Soweit dagegen das Forderungsrecht landesrechtlich zu einem sog. ius ad rem erweitert wird und dadurch mehr oder minder dem dritten Erwerber präjudizirt, steht auch die Anfechtung diesem entgegen. Denn auch dies quasidingliche Recht ist zur Befriedigung der Gläubiger bestimmt. Wenn deshalb der ad rem berechtigte Schuldner in die Veräußerung der Sache willigt, so ist zunächst diese Einwilligung, im Resultat also auch die Veräußerung allen Personen gegenüber anfechtbar, denen gegenüber das verlorene jus ad rem selbst von Wirkung war[9].

2. Mangel zureichenden Entgelts. Die Entziehung von Exekutionsmitteln ist den Gläubigern nur dann nachtheilig, wenn ihr keine entsprechende Ausdehnung der Exekutionsmittel gegenübersteht. Die Anfechtbarkeit wird also durch ein zureichendes Entgelt, welches die prima facie

---

[7] Strieth. 13[354], abweichend Strieth. 73[185], vgl. noch unten § 19 zu Note 23. Für die Errungenschaftsgemeinschaft (bienes gananciales) übereinstimmend Reuz y Garcia, cod. de com. anotado zu § 1039 Note 2. — Ausdrücklich abweichend England 1869 s. 91 für settlements made on or for the wife or children of the settlor of property, which has accrued to the settlor after marriage in right of his wife.

[8] Der Kridar hatte gekauft, willigt aber in den Verkauf an einen Dritten, noch bevor ihm aufgelassen ist. Erfolgt nunmehr die Auflassung an den Dritten, so ist die Anfechtung diesem gegenüber nicht begründet, auch wenn er den ersten Kauf kannte. Anders Kammergericht bei Wallmann, d. Jur. Ztg. V. 290.

[9] So Entsch. 56[92] für den Fall, daß der Kridar das Anfechtungsobjekt von vornherein simulirtermaßen für eine dritte Person — sein Kind — erworben und demnächst Namens desselben weiter veräußert hatte.

vorliegende Verkürzung der Gläubiger wieder ausgleicht, ausgeschlossen. Allerdings sagt dies das Gesetz nicht allgemein[10], und es ist auch nicht ganz so selbstverständlich, wie vielfach behauptet wird[11]. Denn da die Gläubiger das etwa gegebene Aequivalent gar nicht oder nur in einer Quote zurückgewähren müssen, während sie das entzogene Vermögensstück ganz zurückerhalten, so würde die Anfechtung auch da, wo das gegebene Aequivalent angemessen gewesen ist, für die Masse noch gewinnreich sein. Dieselbe hätte also das größte Interesse an der Anfechtung auch in solchen Fällen. Trotzdem aber ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz beabsichtigt hätte, durch die Anfechtung der Masse eine Bereicherung zum Schaden Dritter zuzuführen. Die Anfechtung ist deshalb auszuschließen, sobald die durch die anfechtbare Handlung prima facie begründete Verkürzung der Masse durch das in der nämlichen Handlung enthaltene Entgelt wieder ausgeglichen wird.

Nur darf dies Erforderniß nicht zu weit ausgedehnt werden. Zunächst ist die benachtheiligende Wirkung des Rechtsaktes lediglich vom Standpunkt der Gläubiger zu prüfen[12]. Die Anfechtung wird also durch ein Entgelt nicht ausgeschlossen, welches für den Empfänger in normalen Fällen ausreichend gewesen wäre, für seine Gläubiger aber schwer verwerthbar ist. Beispiele sind Leibrentenverträge, Darlehen zu hohen Zinsen, aber mit weit hinausgeschobenen Kündigungsterminen. Hierher gehört auch die Vollbefriedigung einer gewöhnlichen kreditirten Forderung, da das der Zahlung gegenüberstehende Aequivalent, die Tilgung einer Forderung, für die Gesammtheit der Gläubiger höchstens in Höhe der Dividende, mit welcher die Forderung im Konkursfalle zur Hebung gekommen wäre, von Vortheil ist.

Sodann ist die Hinlänglichkeit des Entgeltes nicht schlechthin nach der Zeit des anfechtbaren Aktes zu prüfen[13].[14]. Denn wenn das Entgelt nachträglich entwerthet oder wenn es nachträglich dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird, so zeigt sich eben, daß der Nachtheil nicht vollständig ausgeglichen ist, welcher durch die Entäußerung prima facie entstanden war. Zwar trifft alsdann der Nachtheil des ursprünglichen Aktes die Gläubiger nur indirekt, aber auch sonst pflegt im Zivilrecht der indirekte Schaden dem direkten gleichgestellt zu werden, und es ist unerfindlich, warum für das Anfechtungsrecht eine Ausnahme gemacht werden sollte. Zweifelhaft kann deshalb nur sein, ob der Anfechtungsgegner die G e f a h r des Entgeltes zu

---

[10] Nämlich nur in § 23¹. 24². Preußen und Entw. I kannten auch diese Ausnahme nicht. Vgl. § 17 Nr. 1.

[11] Mot. 114; der Vorsitzende der R.T.K. Prot. 22.

[12] Korn 141. Anderer Meinung Hasenbalg 29 flg.

[13] Von dem Falle K.O. § 23¹. 24². A.G. § 3² wird hier abgesehen. Vgl. darüber unten § 17 Nr. 3.

[14] Einzelne praktische Beispiele unten § 23 Nr. 3, § 34 Nr. 5.

tragen hat, d. h. ob ein an sich gegen angemessenes Entgelt geschlossenes Geschäft durch den zufälligen Verlust des Entgelts anfechtbar werden soll. Da nun die Benachtheiligung der Gläubiger durch die anfechtbare Handlung im Gesetz überhaupt nicht als allgemeine Voraussetzung der Anfechtung erwähnt und im Gegentheil daraus, daß das Gesetz nur für zwei Fälle der Anfechtung — K.O. § 23^{1}, § 24^{2} — eine Schädigung der Gläubiger durch „Eingehung“ des anfechtbaren Geschäfts verlangt, für die anderen Fälle ein bedeutsames argumentum a contrario zu entnehmen ist, so ist das Erforderniß einer objektiven Verkürzung der Gläubiger im Zweifelsfall restriktiv zu interpretiren. Wir werden danach den objektiven Kausalnexus zwischen der anzufechtenden Rechtshandlung und der schließlichen Schädigung der Gläubiger für genügend ansehen müssen und legen insoweit dem Gegner die Gefahr des Entgelts auf [15].[16]. Ob diese Behandlung der Sache materiell gerechtfertigt ist, erscheint freilich de lege ferenda recht zweifelhaft.

Endlich ist die Frage nach der Zulänglichkeit des Entgeltes nicht Klagfundament, sondern Sache des Einwandes. Denn die Schädigung der Gläubiger liegt an und für sich bereits in der Entziehung von Exekutionsmitteln und wird also prima facie durch die Darlegung dieser Thatsache bewiesen. Das Entgelt kann die an sich begründete Verkürzung nur wieder ausgleichen und ist deshalb durch Einrede geltend zu machen [17].

3. Insolvenz des Schuldners. Die Benachtheiligung der Gläubiger darf keine bloß theoretische, sie muß praktisch für sie fühlbar sein; die Gläubiger müssen also aus dem übrig bleibenden Vermögen des Schuldners keine Befriedigung erhalten. Außerhalb des Konkurses erledigt sich dieses Erforderniß dadurch von selbst, daß das Gesetz ausdrücklich die Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung als Vorbedingung der Anfechtung bezeichnet. Als solche ist sie oben selbständig gewürdigt und bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung.

Dagegen gedenkt das Gesetz dieses Erfordernisses bei der konkursmäßigen Anfechtung nicht ausdrücklich. Und zwar mit Recht. Denn eine „praktische“ Benachtheiligung der Gläubiger liegt offenbar schon in der

---

15 Für das gemeine Recht läßt dagegen bei einem von vornherein zulänglichen Entgelt die Anfechtung nicht zu Hasenbalg 19 flg. Dagegen Seuff. 12^{113} (Kiel), 22^{184} (Wiesbaden), 28^{90} (Berlin), 29^{197} (Celle) und für das moderne Recht Strieth. 80^{186}, R.O.H.G. 25^{103}. Otto 47 flg. Eck, Ztsch. für Handelsrecht Bd. 29 S. 303.

16 Ein nachträglicher selbständiger Erwerb des Schuldners, der mit der anfechtbaren Handlung gar nicht zusammenhängt, schließt selbstverständlich die Anfechtung auch dann nicht aus, wenn er der Verkürzung der Gläubiger der Höhe nach gleichkommt. Eck, Jenaer Lit. Ztg. 1874, S. 588. Anders bei Pfandbestellungen Hasenbalg S. 6 flg. aus unzutreffenden Gründen.

17 Seuffert 22^{184} (Wiesb.). Eck, Ztsch. f. Hand. a. a. O. S. 303 flg.

Verzögerung ihrer Befriedigung, da die Gläubiger sich mit der bloßen Aussicht, später einmal Befriedigung zu erlangen, nicht zu begnügen brauchen[18]. Eine solche Verzögerung der Befriedigung liegt nun aber ausnahmslos schon in der Konkurseröffnung und den sich daran schließenden gesetzlichen Fristen. Sie ist also daneben nicht besonders zu beweisen[19], und selbst ein Gegenbeweis, daß die Konkurseröffnung etwa zu Unrecht erfolgt und der Kridar in Wahrheit zahlungsfähig sei, ist hierwider nicht zulässig. Denn ob die Nichtbefriedigung der Gläubiger durch den bösen Willen des Schuldners oder durch dessen Insolvenz oder durch die Eingriffe Dritter erfolgt, ist für das Faktum der Verkürzung der Gläubiger ohne Einfluß, und die Konkurseröffnung liefert also, nicht als Präjudizialentscheidung, sondern als einfache Thatsache vollen und unwiderlegbaren Beweis für diese Verkürzung. Namentlich kommt es auch darauf nicht an[20], daß die Masse nachträglich suffizient oder solvent wird und z. B. die Passiva durch Verzicht, Anfechtung oder im Wege des Feststellungsprozesses sich vermindern, oder die Aktiva durch erhebliche Werthsteigerung, glückliche Verkäufe sich erhöhen. Denn dadurch, daß die Masse solvent oder suffizient ist, werden die Gläubiger noch nicht bezahlt, mindestens die Verzögerung ihrer Befriedigung dauert fort, und es verbleibt deshalb bei der Anfechtung. Erst wenn die Masse wirklich ausgeschüttet und die volle Befriedigung der Gläubiger herbeigeführt ist, kann von einer Erledigung der Anfechtung die Rede sein; bis dahin kann höchstens eine absichtliche oder sonst schuldhafte Verzögerung der Ausschüttung dem Gegner eine exceptio doli oder einen Regreßanspruch gegen den Verwalter gewähren[21].

4. Muß der Schuldner zur Zeit der Vornahme der Handlung schon insolvent gewesen sein? Vielfach wird das hier dargestellte Erforderniß der Anfechtung anders formulirt, und es wird behauptet, nur eine solche Handlung sei anfechtbar, welche in einem bestimmten Kausalnexus mit der Insolvenz des Schuldners stehe[22]. Einen solchen

---

[18] Entsch. des Reichsgerichts v. 10. Febr. 1880 bei Gruch. 24^{1066}.

[19] Motive 113. Otto 121.

[20] Es lassen zu den Gegenbeweis der Solvenz Otto 140 flg. 191, den der Suffizienz Motive 109 (der Gegner mag beweisen, daß die Masse „dennoch zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger reiche"), Fitting 137 und sehr ausführlich Grützmann 101 flg., für den Fall der Liquidität des Einwandes auch Hullmann 136^{5}.

[21] Vgl. die Erörterung derselben Frage von einem andern Gesichtspunkte aus oben § 11 zu Note 11.

[22] So Sachsen § 1509, ähnlich für das gemeine Recht Seuffert 3^{248} und namentlich Hasenbalg S. 9 flg., dem Eck, Jenaer Lit. Ztg. 1874 S. 588 zustimmt; für Preußen Förster I. 516. Dagegen stimmen mit der oben vertretenen Auffassung überein Seuff. 5^{95}, Reichsgericht bei Wallmann, Ztsch. für Preuß. S. 767. Wilmowski 144, Korn 140 flg. Das ältere englische Recht verlangte Insolvenz

Zusammenhang verlangt nun aber das Gesetz nicht und ebensowenig das Wesen der Sache. Ist doch der wirkliche historische Kausalzusammenhang zwischen dem Grade der Insolvenz, wie er im einzelnen Falle vorliegt, und der vorangehenden Entziehung von Exekutionsmitteln so wie so zweifellos vorhanden, da der bestimmte Grad der Insolvenz eben nur durch die sukzessive Verminderung des Vermögens, also jedenfalls auch durch den angefochtenen Akt entstanden ist. Ein Mehreres zu verlangen, insbesondere zu erfordern, daß die Insolvenz unmittelbar mit dem streitigen Rechtsakte und durch ihn eingetreten, oder — weil vor ihm vorhanden — durch denselben unmittelbar vergrößert worden sei, läßt sich aus dem Gesetze nicht begründen. Ebensowenig wird eine derartig enge Begrenzung der Anfechtbarkeit dem Bedürfniß des Lebens gerecht, weil dieses gegen das langsame Entstehen der Insolvenz auch dann Schutz begehrt, wenn das eigentlich entscheidende die Insolvenz definitiv hervorbringende Ereigniß zufällig selber nicht anfechtbar ist.

Deßhalb braucht denn auch der Verwalter nicht zu beweisen, daß die Verkürzung der Gläubiger ohne die angefochtene Handlung unterblieben, insbesondere das anfechtbar veräußerte Objekt sonst noch in der Masse befindlich sein würde, — wenn schon die Motive die Unanfechtbarkeit der Unterlassungen durch den Hinweis auf die Schwierigkeit gerade dieses Beweises begründen. Denn die bloße Möglichkeit, daß der durch den anfechtbaren Akt eingetretene Nachtheil auch anderweit hätte entstehen können, ist völlig gleichgiltig. Der konkrete Nachtheil, auf den die Anfechtung sich stützt, ist hier durch die anfechtbare Handlung und nur durch sie entstanden. Die Frage kann nur die sein, ob der den Gläubigern zugefügte Schaden nachträglich wieder aufgehoben oder unerheblich geworden sei, und für Umstände dieser Art trifft nach allgemeinen Grundsätzen denjenigen die Beweislast, der Rechte daraus herleitet. Die bloße Anregung eines Zweifels, ob der zum Zwecke eines Erlasses zerrissene Wechsel nicht vielleicht mangels Protest präjudizirt, ob die vergleichsweise getilgte Forderung nicht verjährt, das verurtheilende Versäumnißurtheil nicht auch in contradictorio auf Verurtheilung gelautet hätte, ist deshalb ohne Belang. Aber richtiger Ansicht nach wird man noch weiter gehen und auch die Zulässigkeit der Einrede ablehnen müssen, daß der Nachtheil, welchen der angefochtene Akt hervorgebracht, nothwendig — und also nicht bloß möglicherweise — auch ohne die Vornahme dieses Aktes eingetreten sein würde. Denn man müßte anderenfalls konsequentermaßen auch den Einwand zulassen, daß der Schuldner

---

des Schuldners schon zur Zeit der Handlung, Williams, law of bankr. 263; das neuere Recht 1869 s. 91 unterscheidet dagegen: Bei Handlungen innerhalb zweier Jahre vor der Konkurseröffnung genügt auch eine Insolvenz nach Vornahme der Handlung, bei Handlungen von zwei bis zehn Jahren ist dagegen die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Schuldner damals erweislich noch solvent war.

seinerseits, falls er den konkreten anfechtbaren Akt nicht zu Stande gebracht hätte, dennoch die gleiche Rechtswirkung unanfechtbar erzielt, also etwa die Veräußerung an einen Nichtverwandten oder an einen gutgläubigen Dritten bewirkt haben würde. Ja, es wäre der Einwand nicht abzuschneiden, daß der Schuldner sein Waarenlager in Brand gesetzt haben würde, falls man ihm die Versilberung desselben zum Zwecke seiner Flucht verwehrt hätte. Man wird diese Konsequenzen schwerlich ziehen wollen, wird dann aber den Einwand überhaupt prinzipiell verwerfen müssen[23]. In der That bleibt der Schaden und seine konkrete Ursache unverändert bestehen, wenn schon der gleiche Nachtheil, wäre er in dieser Art nicht eingetreten, durch andere Ursachen gleichfalls hervorgebracht wäre; wenn aus der ersten Ursache eine Erstattungsverbindlichkeit folgt, wird dieselbe also gleichfalls unverändert fortbestehen können. Praktisch schneidet diese Auffassung auch eine Reihe höchst unersprießlicher Einwendungen ab, deren Schwierigkeit in keinem Verhältniß zu ihrem prozessualischen Erfolge steht.

Dagegen bleibt natürlich der Einwand zulässig, daß der Nachtheil, welchen der anfechtbare Akt anscheinend hervorgebracht hat, thatsächlich bereits vorher bestanden hat, daß also insbesondere die durch das angefochtene Versäumnißurtheil festgestellte Forderung schon vorher rechtsgiltig begründet worden war.

II. Ablehnung eines Erwerbes.

§ 16.

Die Verkürzung der Gläubiger kann — wie jede Zufügung eines vermögensrechtlichen Nachtheiles — ebensowohl in der Verringerung der zu ihrer Verfügung stehenden Exekutionsmittel, wie in deren Nichtvermehrung bestehen. Ein innerer Grund, hier nur das damnum emergens, nicht auch das lucrum cessans gelten zu lassen, liegt nicht vor, und es ist danach prinzipiell nicht nur ein Akt, der das Vermögen des Schuldners verringert, sondern auch jede Ablehnung eines möglichen Erwerbes zur Anfechtung geeignet.

Dies freilich mit einer doppelten Maßgabe. Soweit die Möglichkeit des Erwerbes rein faktisch ist und daher juristisch nur auf der allgemeinen Rechtsfähigkeit beruht, steht ihr die auf derselben Rechtsfähigkeit beruhende Befugniß jedes Gegeninteressenten gleichberechtigt gegenüber, diesen Erwerb für sich zu gewinnen oder ihn schlechthin zu verhindern. Es ist also ledig-

---

[23] Ganz anders ist natürlich das Sachverhältniß, falls die konkurrirende Ursache nicht bloß die gleiche Verkürzung der Gläubiger hervorgebracht haben würde, sondern thatsächlich eine Verminderung des Vermögens des neuen Erwerbers hervorgebracht hat. Daß der Gegner auch einen Zufall dieser Art tragen sollte, ist allerdings unbillig, vgl. l. 14 § 1, D. 16, 3, A.L.R. I. 7 § 241.

lich ein Akt erlaubter Konkurrenz, wenn ein Dritter es sich zu Nutze macht, daß der Schuldner die Möglichkeit zu einem Erwerbe vorüber gehen läßt, ohne von ihr Gebrauch zu machen, und es kann dem Dritten nicht zugemuthet werden, auf die Vermögenslage seines Konkurrenten oder auf die Beweggründe Rücksicht zu nehmen, welche ihn zu der Ablehnung des Erwerbes bestimmten[1]. Die Erwerbsmöglichkeit des letzteren muß also auf einem speziellen Rechtstitel beruhen, welchen das Gesetz als solchen anerkennt und privatrechtlich schützt.

Gilt diese Beschränkung allgemein für das ganze Gebiet des dinglichen und des Obligationenrechts, so ergiebt sich speziell vom Standpunkt des Anfechtungsrechts aus eine zweite Beschränkung: die Ablehnung eines Erwerbes seitens des Schuldners ist für die Gläubiger nur dann von Nachtheil, wenn die Erwerbsmöglichkeit an sich für dieselben verwerthbar war, sei es, daß sie den Schuldner direkt zum Erwerbe zwingen, sei es, daß sie an seiner Stelle den Erwerbsakt vollziehen oder endlich, daß sie das Recht auf den Erwerb gegen Entgelt auf Dritte übertragen können. Denn die Anfechtung kann ihrem Wesen nach nur den Erfolg haben, daß den Gläubigern zurückgewährt wird, was ihnen entzogen ist, zunächst also nicht der Gegenstand des Erwerbes, sondern nur das Recht auf den Erwerb; falls dies Recht also für die Gläubiger nicht verwerthbar ist, würde die Anfechtung gegenstandslos sein.

Beide Beschränkungen kombinirt führen zu dem Grundsatze, daß eine Rechtshandlung, welche einen Erwerb für den Schuldner ablehnt, dann anfechtbar ist, wenn dem Schuldner auf den Erwerb ein spezieller auch durch seine Gläubiger zu realisirender Rechtstitel zustand.

Die hier vertretene Auffassung stützt sich auf die prinzipiellen Grundlagen des Anfechtungsrechtes, sie kommt dem praktischen Bedürfnisse der Gläubiger, welches auch gegen die fraudulose Ablehnung einer Vergrößerung des schuldnerischen Vermögens Schutz verlangt, soweit entgegen, als die Rechtsform der Anfechtung es gestattet, und sie folgt endlich klar aus dem Gesetze selbst, welches mit keinem Worte eine positive Schädigung der Gläubiger verlangt und also die prinzipielle Gleichstellung des entgangenen Gewinnes mit dem positiven Schaden, wie sie sonst dem Zivilrecht eigen ist, adoptirt hat. Ihr steht auch die Fassung des § 30 R.K.O. nicht entgegen: daß die Anfechtung zurückgewähren soll, was „aus dem Vermögen" des Kridars aufgegeben ist. Denn einmal soll dieser Paragraph gar nicht erschöpfend sein[2], und weiter gehört auch ein Rechtstitel auf den Erwerb,

---

[1] Man denke an das bekannte Beispiel dessen, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, l. 1 § 12 D. 39, 3.

[2] Mot. S. 147, Sarwey 200[1]: etwa bezüglich der Begründung einer anfechtbaren Forderung.

wie wir ihn zur Bedingung der Anfechtung machen, sicher zu dem „Vermögen“ und genügt also der Voraussetzung des Gesetzes. — Endlich giebt auch speziell für die konkursmäßige Anfechtung die Beschränkung des Konkurses auf das zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens vorhandene Vermögen des Kridars keinen Gegengrund ab[3]; denn das Erwerbsrecht würde doch, falls es nicht anfechtbar aufgegeben wäre, in die Konkursmasse gefallen sein und hätte dann vom Verwalter realisirt werden können, kann also auch im Wege der Anfechtung der Masse zurückerworben werden.

1. Theorie der Motive. Diese stimmt mit unserer Auffassung wenigstens in einem Hauptpunkt überein[4]. Denn sie hält den Satz des sächsischen Rechtes — welcher die Entsagung einer angefallenen Erbschaft seitens des Schuldners für anfechtbar erklärt — aufrecht, obschon bekanntlich nach sächsischem Rechte der Anfall der Erbschaft lediglich ein Recht auf deren Erwerb giebt. Nur ist die Deduktion verschieden, durch die die Motive zu diesem Ergebniß kommen, und es sind aus dieser Deduktion, welche die herrschende Meinung übrigens theilt, von anderer Seite spezielle Folgerungen gezogen, die von unserer Auffassung erheblich abweichen.

Die Motive stellen nämlich den Grundsatz auf, es könne den Gläubigern kein Recht zugestanden werden, daß der Schuldner behufs ihrer Befriedigung etwas erwerbe, und formuliren hiernach das Prinzip: „nicht anfechtbar sei ein Verhalten des Schuldners, welches sein Vermögen nicht um einen bereits erworbenen Bestandtheil vermindert, sondern welches nur die Vergrößerung desselben um einen möglichen Erwerb ausschließt“[5]. Danach scheint es allerdings, als ob auch der Erwerb, auf welchen der Schuldner ein spezielles Recht hat, von dem Gebiet der Anfechtung ausgeschlossen bleiben soll. Indeß ist die Deduktion der Motive nicht überzeugend. Ein direkter Zwang, der den Schuldner zum Erwerbe nöthigte,

---

3 Anders Eck, Ztsch. f. Handelsr. 29 S. 299. Vgl. aber die folgende Note am Ende.

4 Namentlich Mot. I. 170, da die unten bekämpfte Wendung sich erst in Mot. II. 116 flg. findet. Auch in der R.T.K. — vgl. die Erklärung des Abg. Goldschmidt und des Reg.-Kommissars — hielt man nicht die Frage, ob die Erbschaft erworben oder nicht erworben, sondern ob das Erwerbsrecht bereits zum Vermögen gehöre, für entscheidend. Prot. 3. 170.

5 Mot. 116 flg. Auf dem Boden der Motive stehen Mandry 514[12], Wengler 181 flg., Meißner 112, Petersen 122, Jäckel 50 flg. und im Wesentlichen auch Eck, Ztsch. f. Handelsr. 29[299]. Ueber dieselben hinaus, so daß sie auch das abweichende Partikularrecht — etwa Sachsens — nicht gelten lassen, gehen Grützmann 112, Sarwey 172, Otto 36 flg., Kranichfeld 13. Selbst die Herausgabe der vom Anfechtungsgegner gezogenen Früchte schließt aus Eccius 615[57] und auch die Ausschlagung eines Erwerbes, der ipso jure gemacht wird, Fitting 138[7]. Dagegen kommen der hier vertretenen Auffassung nahe Hullmann 53 und für Preußen Meischeider 35. Ein verwandter Gedankengang auch bei Korn 54 flg.

wird freilich nur ausnahmsweise existiren, aber er steht auch mit dem Prinzip der Anfechtung in keinerlei Zusammenhang. Für dieses Prinzip genügt es vielmehr, wenn ein Erwerbsrecht auch nur indirekt den Gläubigern zur Befriedigung bestimmt ist und zwangsweise dazu verwerthet werden kann; alsdann ist eben das rechtliche Interesse der Gläubiger an dem Erwerbsrechte gegeben, und die Verletzung dieses Interesses muß im Wege der Anfechtung Remedur finden.

Ebensowenig aber läßt sich der von den Motiven formulirte Grundsatz historisch ableiten. Freilich sagen die Motive a. a. O., daß keine Gesetzgebung diesen Grundsatz verlassen habe oder habe verlassen können. Dies ist indeß so wenig richtig, daß vielmehr kaum ein einziges Gesetz demselben gefolgt ist. Insbesondere wird von einer Reihe von Gesetzen die Ausschlagung von Erbschaften auch dann für anfechtbar erklärt, wenn die Erbschaft durch den Anfall noch nicht ipso iure erworben wird. Dies gilt namentlich für Sachsen[6], es gilt weiter für die sog. Erbnehmer nach dem code civil, während die andern Erben nach französischem Recht die Erbschaft bekanntlich von Rechtswegen erwerben[7]; es gilt endlich auch für die Fälle des preußischen Rechtes, in denen die Erbschaft besonders erworben werden muß[8]. Scheinbar steht freilich das römische Recht den Motiven zur Seite, und gerade auf dieses legen die letzteren allen Nachdruck. Indeß offenbar mit Unrecht. Denn die Römer erklären auch die Entsagung von Vermächtnissen[9] für nicht anfechtbar, obschon diese dem Legatar, wie wenigstens die herrschende Meinung annimmt, von Rechtswegen erworben werden, stützen sich also auf einen ganz andern Grund, als den, daß die Gläubiger den Schuldner nicht zum Erwerbe nöthigen können. Der maßgebende Gedanke des römischen Rechtes ist vielmehr,

---

6 Sächs. bürgerl. Gesetzbuch 1511.

7 Code civil 788. Zachariä-Anschütz, franz. Zivilrecht II. 263. Auch cod. civ. italiano 949, das Argentinische Handelsgesetzbuch Art. 1539 erklären die Erbesentsagung ausdrücklich für anfechtbar.

8 Denn sowohl A.G.O. I. 50 § 50 als K.O. § 102^{2} sprechen ganz allgemein von Erbschaftsentsagungen. So denn auch für den märkischen Ehemann Entsch. 59^{411}, während früher — vgl. Simon u. v. Strampff, Rechtssprüche IV Nr. 4 und neuerdings vom Reichsgericht Gruchot 26^{828}, übereinstimmend Koch in Hinschius, Ztsch. II. 177 flg., — entgegengesetzt entschieden ist. Auch R.O.H.G. 14^{345} läßt für den Fall, daß einem preußischen Kridar eine gemeinrechtliche Erbschaft anfällt, die Anfechtung zu.

9 L. 6 § 4. h. t. Konsequent ist auch das se abstinere des suus heres nicht anfechtbar, Hullmann 51^{2}, obschon dies vielfach bestritten wird, z. B. von Meischeider S. 30 und allerdings aus den Quellen nicht zu belegen ist; auch das Recht des Fiskus, eine Erbschaftsentsagung zu widerrufen — l. 45 pr. D. 49, 14, Sintenis II. 748, Windscheid II. § 463 — wird mit Puchta, Vorlesungen § 380 auf den Fall der Konfiskation, jedenfalls aber nicht auf die Pauliana zu beziehen sein.

daß alle Handlungen, die bloß eine Vergrößerung des Vermögens abwenden, unanfechtbar bleiben sollen, gleichgiltig ob die Vergrößerung sich ipso iure vollzieht oder erst „erworben" werden muß. Es legt mithin den animus fraudandi und die Thatsache der fraudatio sehr eng aus und erkennt ihr Vorhandensein nur bei einer positiven Verringerung des Vermögens an. Hat nun das moderne Recht, wie dies doch fast allseitig [10] zugegeben wird, die Ablehnung eines ipso iure sich vollziehenden Erwerbes für anfechtbar erklärt, so hat es eben mit dieser engen Auffassung der fraus gebrochen. Damit fällt aber auch deren Beweiskraft für das moderne Recht; entweder muß man das römische Prinzip vollständig übernehmen oder es vollständig fallen lassen; dasselbe theilen, aus demselben die Nichtanfechtbarkeit der Ablehnung eines erst zu vollziehenden Erwerbes ableiten, heißt einen Gedanken in das römische Recht hineintragen, den dasselbe absolut nicht enthält.

Endlich ist die auf die Motive gestützte Meinung auch in sich nicht konsequent. Denn, von dem Zugeständniß der Motive bezüglich der partikularrechtlichen Anfechtbarkeit einer Erbschaftsentsagung abgesehen, das wir bereits oben erwähnt haben [11], wird allseitig die Verpflichtung des Anfechtungsgegners anerkannt, die Früchte der den Gläubigern entzogenen Sache herauszugeben. Und doch wollen auch die Früchte erworben sein; haben also die Gläubiger kein Recht darauf, daß der Schuldner etwas erwerbe, so können sie auch nichts dagegen einwenden, wenn er die Sache ungenutzt liegen läßt, müssen es sich also auch gefallen lassen, daß er die Fruchtziehung einem Andern überträgt. Die Römer haben denn auch die Haftung des Anfechtungsgegners konsequent auf die fructus cohaerentes beschränkt [12].

Der von den Motiven formulirte Grundsatz erscheint nach alledem nicht haltbar.

2. Die allgemeine Voraussetzung, unter der die Ablehnung eines Erwerbes unserer Auffassung nach anfechtbar ist, besteht in dem zwiefachen Momente, daß dem Schuldner ein spezielles Recht auf den Erwerb zugestanden hat, und daß dies Recht dem Zugriff der Gläubiger unterliegt.

Ob dem ersteren Erfordernisse genügt ist, ob also der Schuldner bereits ein wirkliches Recht auf den Erwerb oder nur eine faktische Aussicht

---

10 Dagegen nur Fitting 138⁷. vgl. Note 5.

11 Vgl. oben zu Note 4.

12 L. 25 § 4 D. h. t; anders freilich l. 10 § 19 eod. und l. 38 § 4 D. 22, 1. Bei der offenbaren Antinomie ist der ersteren Stelle als der konsequenteren der Vorzug zu geben, zumal nach l. 25 § 6 h. t. das Edikt ausdrücklich von fructus cohaerentes gesprochen zu haben scheint. Huschke 70, Puchta, Vorlesungen § 380. Umgekehrt Windscheid § 463[17]. Die meisten beziehen mit Savigny, System IV. 47 l. 25 § 4 h. t. auf den gutgläubigen Gegner; so Seuff. 26[97], Reinhart 140.

auf denselben hatte, darüber wird das Gesetz sich selten aussprechen. Seine Auffassung wird sich deshalb meist nur indirekt feststellen lassen. Charakteristisch in dieser Hinsicht ist es namentlich, wenn die Erwerbsmöglichkeit vererblich und zessibel ist und also äußerlich nach Art eines Privatrechts behandelt wird.

Für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist das Prinzip des neuesten Reichsrechts — im Gegensatz zu der älteren Gesetzgebung — einfach das, daß sie nicht für jede einzelne Gruppe von Vermögensbestandtheilen besonders zu begründen ist, sondern daß umgekehrt an sich jedes Vermögensrecht der Zwangsvollstreckung unterliegt[13]. Eine Ausnahme bilden nur solche Rechte, die höchst persönlicher Natur oder sonst sachlich von der Person und der freien Verfügung des Schuldners nicht zu trennen oder die endlich durch spezielle gesetzliche Vorschrift von der Exekution ausgenommen sind. Ausnahmen dieser Art sind deshalb stets besonders zu begründen.

3. Die einzelnen wichtigsten Fälle sind die folgenden.

a) Das Recht auf die Nutzung einer Sache, wie es dem Nießbraucher und Pächter, ebenso aber auch dem Eigenthümer zusteht, ist zweifellos ein spezielles dem Zugriff der Gläubiger unterworfenes Vermögensrecht. Die Veräußerung dieses Rechtes, — also die Aufgabe des Rechts auf den Erwerb der Früchte, — insbesondere die Verpachtung oder Verafterpachtung eines Grundstückes, ist deshalb an sich eine Verkürzung der Gläubiger[14] und ist deshalb auch dann anfechtbar, wenn die Pachtzeit zur Zeit der Konkurseröffnung bereits verstrichen ist. Objekt der Anfechtung ist alsdann das Erwerbsrecht bezüglich der Früchte, und dessen Werth ist von dem Gegner zu erstatten, ohne daß es auf die Frage weiter ankommt, ob und inwieweit der Schuldner sein Nutzungsrecht, falls er es nicht veräußert, gehörig gebraucht haben würde[15].

---

[13] Vgl. Z.P.O. § 754 und die Ueberschrift dazu. Wenn freilich Endemann hierzu kommentirend bemerkt, die Exekution in die fragliche Gruppe von Vermögensrechten hänge „durchaus" von dem bürgerlichen Rechte ab, so nimmt er diesem Paragraphen jede positive Bedeutung. Vgl. insbes. Entsch. 49[207], wo die Exekution in dem Pflichttheilsanspruch ausgeschlossen wird, weil die Exekution in Vermögensrechte in dieser Allgemeinheit nicht zugelassen sei. Dieser Grund ist durch § 754 Z.P.O. offenbar beseitigt.

[14] So auch Strieth. 79[317] und für Verafterpachtungen Strieth. 92[60]. 86[188], Entsch. 70[346]. Die abweichenden Urtheile Strieth. 15[290]. 72[200] erklären sich nur dadurch, daß sie Verpachtungen nicht als „Veräußerungen" anerkennen. Strieth. 15[290] bestreitet allerdings auch eine Verkürzung der Gläubiger. Dagegen Beiseri 34 f. Vgl. auch Dalloz, repert. 24 Nr. 345.

[15] Auch nicht exzipirt kann hieraus werden. Vgl. § 15 zu Note 23. — Nach deutschrechtlicher Auffassung, die z. B. noch das preußische Landrecht beherrscht, soll

b) Die selbständigen dauernden Gerechtigkeiten: Jagd-, Fischerei-, Bergwerksrechte stehen dem Nutzungsrecht an Sachen gleich. Ihre Veräußerung, sowie die zeitweilige Uebertragung ihrer Ausbeutung ist deshalb anfechtbar.

c) Bedingte Ansprüche gehören nur dem Anschein nach zum konsolidirten Vermögen, sind vielmehr, was namentlich bei Potestativbedingungen auf der Hand liegt, lediglich Erwerbsrechte. Die Römer verneinten deshalb die Anfechtbarkeit, wogegen sie für das moderne Recht zu bejahen ist, sei es nun, daß das Recht als solches veräußert oder daß es durch Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung vernichtet wird[16].

d) Das Recht aus einer Offerte vor ihrer Annahme bis zum Ablauf der Annahmefrist ist zwar nicht nach gemeinem, wohl aber nach preußischem und nach Handelsrecht wirkliches Privatrecht. Die Ablehnung einer Offerte kann deshalb anfechtbar sein, soweit nicht etwa die Offerte erkennbar nur für die Person des Empfängers bestimmt war[17].

e) Das Recht auf eine Erbschaft vor Anfall derselben, insbesondere bei Lebzeiten des Testators, ist nach gemeinem und preußischem Rechte lediglich eine thatsächliche Aussicht und hat nicht die Natur eines, wenn auch nur bedingten, Rechtes. Jeder Verzicht auf diese Aussicht und jede Veräußerung derselben ist also, soweit sie überhaupt wirksam ist, nicht anfechtbar. Allerdings wird dadurch vielleicht ein zukünftig dem Schuldner ipso iure anfallendes Recht im Voraus aus seinem Vermögen ausgeschieden. Solange jedoch der Testator lebt, steht jede Person im Sinne des Gesetzes der Erbschaft ebenso nahe, wie der nächste Verwandte oder der im Testament Eingesetzte, und deshalb kann jeder Dritte ohne Rücksicht auf diesen präsumtiven Erben, geschweige denn auf seine Gläubiger, sich um die Erbschaft bemühen.

f) Das Recht auf eine bereits deferirte Erbschaft ist da sicher wirkliches Privatrecht, wo der Anfall den Erwerb der Erbschaft ipso iure bewirkt, wie dies im gemeinen Rechte für die sui heredes, im französischen für die héritiers légitimes, im preußischen Rechte, von ganz einzelnen Ausnahmen abgesehen, für alle Erben erfolgt. Der Anspruch auf diese Erbschaft ist im Gegensatz hierzu dort nicht Privatrecht oder mindestens

---

freilich der redliche Besitzer alle von ihm gezogenen Früchte behalten dürfen. Dies ist indeß nur einer dinglichen Klage gegenüber der Fall, gilt aber nicht für obligatorische Verpflichtungen zur Restitution.

[16] L. 6. § 1 D. h. t. — Wilmowski 147 schließt bei Suspensivbedingungen die Anfechtung aus, trotzdem er S. 52 alle bedingten Rechte zur Masse rechnet und also der Zwangsvollstreckung unterwirft; ebenso Hartmann 23 fg. und für Potestativbedingungen Förster 517[49].

[17] L.R. I. 11 § 1061. Ueber die Art der Rückgewähr in diesem Falle vgl. § 45[30].

von der Exekution ausgenommen, wo er, wie im reinen römischen Recht, höchst persönlich und weder vererblich noch durch selbständige Vertreter auszuüben war. Zwischen diesen beiden Gegensätzen liegen nun Mittelbildungen, und für diese gerade ist die Anwendbarkeit der Anfechtung besonders zweifelhaft. Deshalb ist es von größter Bedeutung, wenn ein Partikulargesetz die Anfechtung für sein Gebiet ausdrücklich zugelassen hat; allerdings würde eine Vorschrift dieser Art in ihrer Geltung als positive Rechtsnorm formell durch das Reichsgesetz aufgehoben sein; aber auch so läßt sie klar erkennen, wie der Gesetzgeber das Recht auf die Erbschaft aufgefaßt hat. Wo die Anfechtbarkeit bejaht worden ist, hat man eben das Recht auf die Erbschaft als Privatrecht anerkannt, und dies Anerkenntniß ist noch gegenwärtig maßgebend. Deshalb ist insbesondere für das Königreich Sachsen die Anfechtung einer Erbschaftsentsagung zuzulassen[18]. Dasselbe gilt da, wo die vom Kridar nicht angetretene Erbschaft ausdrücklich in die Konkursmasse hineingezogen wird, da jene hierdurch als Befriedigungsmittel für die Gläubiger anerkannt wird[19]. Fehlt es an einer Bestimmung dieser Art, so wird die Natur des Rechts auf die Erbschaft meist im Unklaren bleiben. Im Zweifel ist indeß auch hier die Anfechtbarkeit zu bejahen. Denn das moderne Recht strebt danach, die Vertretungsbefugniß beim Erbschaftsantritt zu erweitern und das Recht aus der Delation vererblich zu machen. Dieses Streben beherrscht auch die Praxis des gemeinen Rechtes, und es läßt sich deshalb schon jetzt der Satz aussprechen, daß das Recht aus der Delation nicht höchstpersönlich und deshalb die Verzichtleistung auf dasselbe der Anfechtung unterworfen sei[20].

g) Das Pflichttheilsrecht gilt noch durchweg, wenigstens nach gemeinem und preußischem Recht, als höchstpersönlich[21]. Es kann deshalb

---

[18] Vgl. oben Note 6. 7. 8, dort auch über die Ausnahmefälle des französischen und preußischen Rechtes.

[19] So Hamburger Neue Falliten-Ordnung vom 31. August 1753 Art. 31, wenigstens wenn Kridar keine Kinder hat. Ueber Lübeck, sowie über neuere Gesetzentwürfe Mot. 22. Nach den Motiven ib. soll die Hannöversche Praxis sich der entgegengesetzten Auffassung zuneigen. Die als Beleg angeführte Entscheidung des Tribunals zu Zelle, Jahrg. VI S. 374, beweist diese Behauptung nicht; denn sie zieht eine vom Kridar angetretene Erbschaft zur Masse und äußert sich nur darüber nicht, ob der Kridar zum Antritt gezwungen werden kann oder ob der Kurator an seiner Stelle den Antritt erklären darf.

[20] So auch Mot. I. 170 und die in Note 8 zitirte Entsch. des R.O.H.G. Dagegen z. B. Seuffert 6[307], es sei gemeinrechtliches Prinzip, daß ein Stellvertreter nicht antreten könne, und ebend. 9[301], der Ehemann könne seine mit ihm in Gütergemeinschaft lebende Frau nicht zum Erbschaftsantritt nöthigen, endlich für das märkische Recht die Entscheidung des Reichsgerichts, Gruchot 26[828]. In unserm Sinne äußerte sich auch Abg. Goldschmidt in der R.T.K. Prot. 3.

21 Entsch. 49[207]. 56[250], Strieth. 46[335]. Anders Strieth. 43[276].

auch der Verzicht auf dasselbe nicht angefochten werden[22]. Sobald jedoch der Pflichttheilsanspruch von dem Berechtigten, gerichtlich oder außergerichtlich, erhoben und das Testament bemängelt ist, ist das Pflichttheilsrecht ein gewöhnliches Erbrecht und also Bestandtheil des Vermögens des Berechtigten geworden, ist jetzt also auch ein geeignetes Objekt der Anfechtung[23].

h) Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten giebt nach Landrecht diesem an und für sich einen Anspruch nicht; erst sein Beitritt zu dem Vertrage gewährt ihm ein wirkliches Recht. Dieser Beitritt ist nun aber nach Preuß. Recht von einer erneuten Willenserklärung der Kontrahenten, der Regel nach also von einer Aufforderung zum Beitritt abhängig. Somit steht bis zu diesem Augenblick dem Honoraten nur eine faktische Aussicht auf die ihm zugedachte Zuwendung zu, und wenn er auf diese Aussicht verzichtet und insbesondere in die Aufhebung des Vertrages willigt, so liegt eine anfechtbare Rechtshandlung nicht vor[24].

i) Die Veräußerung eines künftigen Erwerbes im Voraus ist nur eine bestimmte Form des Nichterwerbes, insbesondere also die Verpflichtung, in fremdem Namen oder doch für fremde Rechnung zu erwerben. Sie kann deshalb auch nicht weiter anfechtbar sein, als der einfache Nichterwerb, und es ist deshalb entscheidend, ob der Veräußernde zur Zeit des streitigen Aktes bereits ein Recht auf den Erwerb oder nur eine faktische Aussicht auf denselben hatte. Die Regel ist die Nichtanfechtbarkeit. Nur ist zu beachten, daß jede Aufwendung aus eigenen Mitteln, welche in Ausführung eines derartigen Veräußerungsvertrages erfolgt, meist als unentgeltliche Verfügung zu qualifiziren sein wird, und demgemäß zwar nicht der Erwerb für den Dritten, wohl aber die Verwendung eigner Mittel zu diesem Zwecke der Anfechtung unterliegen kann. Dies gilt namentlich da, wo der Ehemann den ganzen künftigen Ertrag seines Geschäftes im Voraus auf seine Frau überträgt, und die Masse also zwar nicht den Geschäftsgewinn, aber doch die Aufwendungen, welche der Ehemann gemacht hat, zurückverlangen kann[25]. Ebenso ist der in der Praxis wohlbekannte Fall, daß Jemand sein mit geringem stehenden Kapital arbeitendes Geschäft an einen Dritten für einen angemessenen Preis veräußert, und dann in diesem Geschäft als sog. Prokurist gegen festes Gehalt weiter arbeitet,

---

[22] So auch Hullmann 55[16], Wilmowski 59, nur daß sie die im Text folgende Einschränkung nicht aussprechen.

[23] Dies hat das Obertribunal durch Zulassung der freiwilligen Zession des Pflichttheilsrechts anerkannt. Entsch. 49[207], Dernburg III. 570 Anm. 6.

[24] So richtig das interessante Urtheil Entsch. 72[12]; ob dies Urtheil auf einer zutreffenden thatsächlichen Sachwürdigung beruht, ist eine andere Frage.

[25] Viel weiter geht die sehr auffallende Entsch. des Obertribunals bei Gruch. 18[122] in der Zulassung der Anfechtung.

nur bezüglich der etwaigen baaren Aufwendungen des frühern Geschäftsinhabers anfechtbar.

k) Die unentgeltliche Uebernahme einer Arbeit, die vergütet zu werden pflegt, ist nur ein Verzicht auf einen möglichen Verdienst und also nicht anfechtbar. Deshalb ist auch die Zession des Lohnanspruchs aus einer noch nicht vollendeten Arbeit nicht anfechtbar, auch wenn später die Arbeit vom Schuldner wirklich geleistet und der Lohn verdient ist. Denn es handelt sich dabei nur um einen speziellen Fall von unentgeltlicher Arbeit des Schuldners, und diese ist ihm nie zu verwehren. Auch die Zession des Beamtengehalts gehört hierher[26].

III. Besondere Fälle.

§ 17.

1. Die Benachtheiligung der Gläubiger schon „durch Eingehung" des streitigen Geschäfts ist in zwei bestimmten Fällen Bedingung der Anfechtung. Diese Bestimmung, welche eine Neuerung gegen das preußische Recht und gegen den Entwurf I enthält und, wie es heißt, auf Wünsche aus gewerblichen Kreisen zurückzuführen ist[1], findet sich bei der Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz und bei der Anfechtung gegen Verwandte. Offenbar soll hierdurch die Anfechtung in engere Grenzen geschlossen werden. Indeß darf man nicht annehmen, es genüge für diese Fälle der Anfechtung nur ein Geschäft, welches durch seine unmittelbaren oder doch ganz unvermeidlichen Folgen die Gläubiger schädige[2], oder gar nur ein solches, dessen nachtheilige Wirkung für die Gläubiger sofort bei Abschluß des Geschäfts praktisch fühlbar werde. Denn dies ergiebt der Wortlaut des Gesetzes nicht; vielmehr verändert auch schon der Abschluß eines auch nur indirekt unvortheilhaften Geschäftes den status quo zum Nachtheil der Gläubiger, diese sind schon jetzt schlechter gestellt als vorher und werden also schon durch die „Eingehung" eines solchen Geschäfts benachtheiligt. Die Ablehnung einer derartigen Interpretation ist denn auch sachlich durchaus zutreffend, da es dem heutigen Rechtsbewußtsein widersprechen würde, die thatsächlichen Folgen eines Geschäfts, je nachdem dasselbe sie unmittelbar oder nur mittelbar verursacht hat, rechtlich verschieden zu beurtheilen. Wir lassen deshalb auch diese spezielle Anfechtungsform zu bei einem Ankauf von Waaren, die nach Qualität oder Quantität schwer verwerthbar sind[3], wenn auch der Kaufpreis an sich nicht zu hoch bemessen

[26] Aehnlich in anderem Zusammenhang Eccius 875.

[1] In der R.T.K. sprach sich Abg. Goldschmidt gegen diese Neuerung aus. Prot. 22.

[2] So Grützmann 142 und Tur 104.

[3] Man denke an den Ankauf kostbarer Gemälde, einer großen Partie von Saisonartikeln kurz vor Schluß der Saison u. s. f.

war, weiter bei der Ausleihung von Geld mit weit hinausgeschobenen Kündigungsfristen, bei Verzichten auf Beweismittel und Einreden, endlich bei Stipulationen, die einem Dritten unter einer reinen Potestativbedingung Gläubigerrechte einräumen u. s. f. Insoweit finden eben nur die auch sonst für alle Fälle der Anfechtung geltenden Grundsätze Anwendung.

Die engere Begrenzung der Anfechtung in diesen beiden Fällen ist also in einer andern Richtung zu suchen: es soll für diese spezielle Art der Anfechtung nicht genügen, wenn erst ein neues, selbständiges Ereigniß das anfänglich unschädliche Geschäft zu einer Benachtheiligung der Gläubiger macht. Es fällt z. B. der durch Kompromiß angerufene Schiedsrichter einen dem Schuldner ungünstigen Spruch, der Schuldner vergeudet das ihm gegebene Darlehn, die von ihm angekauften Waaren erleiden eine plötzliche Preisverschlechterung u. s. f. Aber auch diese engere Begrenzung der Anfechtung für die beiden hierhergehörigen Fälle ist nicht etwa schon bei Begründung der Klage zu berücksichtigen, sondern lediglich der Einrede zu überlassen[4]. Denn die Besonderheit dieser Art der Anfechtung betrifft nach unsrer Auslegung des Gesetzes nur die Werthschätzung des dem Schuldner gegebenen Entgelts und kann sich also nur bei der Einrede geltend machen, die sich auf die Beschaffenheit dieses Entgelts stützt. Für die Klagebegründung bewendet es deshalb auch hier dabei, daß die Verkürzung der Gläubiger zunächst schon in dem Verlust der spezifischen früher vorhandenen Exekutionsmittel liegt, und prima facie also der Hinweis auf diese Verkürzung genügen muß. Endlich ist noch der Gedanke abzulehnen, als könne es für die Anfechtung darauf ankommen, ob im konkreten Falle die Benachtheiligung der Gläubiger durch Abschluß des Geschäfts mehr oder minder klar vorausgesehen werden konnte. Sachlich wäre dieser Gedanke freilich sehr zu billigen; er scheitert aber für das positive Anfechtungsrecht daran, daß nach demselben der Gegner die Nachtheiligkeit des Geschäfts für die Gläubiger überhaupt nicht zu kennen braucht, deshalb also die Möglichkeit der Kenntniß auch für diese spezielle Frage nicht von Erheblichkeit sein kann.

2. Gewagte Verträge sind vom Standpunkte der Gläubiger aus gesehen fast ausnahmslos eine Benachtheiligung derselben[5]. Denn die Letzteren haben naturgemäß ein besonderes Interesse daran, die ihnen zu Gebot stehenden Befriedigungsmittel möglichst rasch und möglichst sicher zu verwerthen, und es hat deshalb ein gewagtes Geschäft, auch wenn die Gewinnchance ziemlich erheblich ist, um der Unsicherheit willen, welche der aleatorische Charakter des Geschäftes bedingt, für die Gläubiger meistens nur einen negativen Werth.

---

4 A. M. Jäckel 81.

5 Noch strenger sind Sarwey 155, Völderndorff I. 270[15], Otto 51 f. Der im Text vertretenen Auffassung nahe kommt Hasenbalg 29.

Insoweit ist also die im vorigen Paragraphen festgestellte Voraussetzung der Anfechtung und auch die speziellere im Eingange dieses Paragraphen erörterte Form dieser Voraussetzung bei gewagten Geschäften meist vorhanden. Natürlich giebt es Ausnahmen davon; ein Feuerversicherungsvertrag z. B., der auch für einen Käufer der versicherten Sache von Vortheil ist, wird den Gläubigern keinen Anlaß zur Beschwerde bieten.

3. **Absicht der Benachtheiligung.** In zwei bestimmten Fällen der Anfechtung genügt die Benachtheiligung der Gläubiger durch den streitigen Rechtsakt nur, wenn dieselbe von dem Schuldner beabsichtigt ist, (K.O. § 24^1. 33^1, A.G. § 3^1. 11^1) und in einem dritten Falle wird die Anfechtung wenigstens negativ ausgeschlossen, wenn jene Absicht auf Seite des Schuldners erweislich gefehlt hat (K.O. § 24^2 bez. A.G. § 3^2). Unter dieser Absicht kann nun nach einem sehr verbreiteten, jetzt auch vom Reichsgericht anerkannten juristischen Sprachgebrauch[6] nicht verstanden werden, daß der Schuldner den streitigen Rechtsakt ausschließlich oder auch nur nebenbei zu dem **Zwecke** vorgenommen habe, seine Gläubiger dadurch zu schädigen. Denn wenn auch rein chicanöse Handlungen dieser Art häufiger vorkommen, als man zunächst denken möchte, so spielen doch jene andern Rechtsakte des Schuldners praktisch eine weit größere Rolle, welche positivere Zwecke, z. B. die Begünstigung eines nahen Verwandten des Schuldners, die Verheimlichung werthvoller Vermögensstücke zu seinem eignen Vortheil verfolgen, Rechtsakte also, welche zwar die Gläubiger nothwendig schädigen, diese Schädigung aber nicht bezwecken. Praktisch unterliegt es aber keinem Zweifel, daß auch die letztere Gruppe von Rechtsakten im Sinne des Gesetzes eine „absichtliche" Schädigung der Gläubiger enthält, für das Anfechtungsrecht also „Absicht" weiter nichts als „Vorsatz", „Wille" bedeutet[7]. „Gewollt" aber sind die Folgen einer Handlung, sobald der Handelnde des Eintrittes derselben sich bewußt gewesen ist, mag er diese Folgen auch selbst

---

6 Reichsgericht 9^{73}. Der Sprachgebrauch ist theilweise sogar im Strafrecht anerkannt, Rechtssprech. des Preuß. Obertrib. 13^{667}. 15^{694}. 17^{830}, Reichsg.-Entsch. in Straff. 1^{330}. 2^{376}, Rüdorff, Komm. zum R.Str.G.B. § 266, etwas anders Merkel in Holtzendorff's Handb. des Strafrechts III. 818. Vgl. namentlich Binding, die Normen und ihre Uebertretung I. 117, II. 597 flg., besonders Note 890. Um so mehr muß er für das Privatrecht gelten, welches keinen Anlaß hat, das subjektive Verhalten der Personen schärfer zu urgiren, als dies im Strafrecht der Fall ist.

7 So außer der in voriger Note zitirten Entscheidung des Reichsgerichts schon l. 17 § 1 D. h. t. und von den Schriftstellern Hasenbalg 39 flg., Völderndorff I. 291, Hartmann 39, Grützmann 122 und wohl auch Reinhard 107. Aus der Praxis Lübeck bei Kierulff III. 402 flg., Seuff. 12^{227}. 22^{186}. 9^{356} vgl. noch Seuff. 16^{273}. 22^{106}, R.O.H.G. 15^{43}. Abweichend Jäckel 67 flg., Dernburg, Pfandrecht I. 199, Rostock bei Buchka u. Budde 5^{284}, Seuff. 3^{249}. 28^{93}. Auch die Franzosen stehen auf unserm Standpunkt, z. B. St. Nexent, des faillites I. 207.

gar nicht gewünscht, ja in denselben geradezu eine Beeinträchtigung seiner wirklichen Zwecke gesehen haben[8]. Dabei kann man auch nicht rein abstrakt zwischen denjenigen Folgen unterscheiden, welche nothwendig, denen welche wenigstens wahrscheinlich, und endlich denen, welche nur nach einer entfernten Möglichkeit durch den streitigen Rechtsakt verursacht werden[9]. Denn wer bei Vornahme einer Handlung sich gewisser Folgen derselben auch nur als möglich bewußt ist und nicht Vorkehrungen gegen ihre Verwirklichung trifft oder sich wenigstens solche Vorkehrungen bestimmt vorbehält, der hat auch diese blos möglichen Folgen wenigstens eventuell gewollt. Nur muß man stets festhalten, daß die Nachtheiligkeit eines Geschäftes, auch vom Standpunkt der Gläubiger aus, nur mit Rücksicht auf den gesammten Inhalt des Geschäftes, d. h. mit Rücksicht auf alle Chancen für einen glücklichen und einen unglücklichen Ausgang des Geschäftes beurtheilt werden kann. Bei sachgemäßer Abwägung aller dieser Chancen ergiebt unsre Auffassung auch für das Anfechtungsrecht ein durchaus rationelles Resultat.

Wir erhalten namentlich ein praktisch verwerthbares Anfechtungsrecht auch gegenüber solchen Handlungen, welche der Schuldner zu einer Zeit vorgenommen hat, wo er weder zahlungsunfähig noch überschuldet war. Es genügt auch in diesem Fall für die Anfechtung, wenn er bei Vornahme der streitigen Handlung seine Insolvenz als eine ernstlich in Betracht kommende Eventualität erwogen hat[10] und sich gleichzeitig bewußt war, daß im Falle des Eintritts dieser Eventualität das beabsichtigte Geschäft, bei Abwägung aller Chancen für und wider, die Aussichten seiner Gläubiger auf Vollbefriedigung verschlechterte. Wenn die herrschende Meinung hier ein Mehr verlangt, und wenn sie namentlich fordert, daß der Schuldner positiv und in erster Linie die Verkürzung der Gläubiger betrieben haben muß, so hält sie die von ihr selbst als berechtigt anerkannte Scheidung von Absicht und Zweck nicht ein und legt dem Gesetze den Gedanken unter, als müsse die anfechtbare Handlung ein Betrug, eine auch äußerlich und nach ihren ersten Intentionen rechtswidrige Handlung sein. Aber man vergesse nicht, daß es sich hier nicht darum handelt, die Operationen des Schuldners sittlich zu würdigen, daß ebensowenig ein Delikt in Frage steht, sondern daß es einfach darauf ankommt, wer einen thatsächlich eingetretenen Zufall tragen soll. Das Bedürfniß des Lebens fordert es dringend, daß der Kaufmann, welcher der Gewagtheit seiner Spekulationen sich bewußt ist, nicht auf der einen Seite sich alle günstigen Chancen seiner Geschäfte sichert, auf der

---

[8] Auch die bloße Hoffnung, das Geschäft werde nicht unglücklich ausfallen, genügt nicht, um die Anfechtung auszuschließen. So sehr zutreffend Lübeck bei Kierulff 340². Anders Seuff. 3²⁴⁹. Vgl. noch Robson 141.

[9] Fitting 143² will dagegen nur die beiden ersten Folgen berücksichtigen.

[10] Amerika s. 35 „being insolvent or in contemplation of insolvency".

andern Seite aber für die ungünstigen Chancen das eigene Risico durch geschickte Verfügungen über sein Vermögen auf ein Minimum reduziren kann. Das Bedürfniß des Lebens fordert hiergegen Schutz nicht nur dann, wenn der Schuldner diese Manipulationen zu einer Zeit vornimmt, wo die Gefahr der Insolvenz schon nahe bevorsteht, oder wo er selbst seine Insolvenz absichtlich betreibt, sondern auch dann, wenn er noch zur Zeit des Glücks sich auf Kosten seiner Gläubiger gegen künftige Verluste zu decken sucht. Man denke nur an jene bekannten Manipulationen, die fast bei allen großen und größten Konkursen mehr oder minder energisch zur Anwendung gebracht sind, die Uebertragung eines erheblichen Vermögenstheiles, welche der spätere Kridar seiner Ehefrau, den Kindern, andern Verwandten gegenüber gerade dann gemacht hat, als er noch alle Chancen für sich hatte. Gerade dies sind die Hauptfälle der paulianischen Anfechtung, zumal die Fristen für alle andern Gruppen anfechtbarer Handlungen so eng bemessen sind. Unsre Auslegung des Absichtsbegriffs greift hier denn auch mit Nachdruck ein. Sobald der Richter das Gewerbe des Schuldners nach Art und Umfang und sobald er gleichmäßig die Vermögensübertragung nach Art und Umfang ins Auge faßt, wird es ihm sicher nicht schwer fallen, kraft seiner freien Sachwürdigung festzustellen, ob der Schuldner schon zur Zeit des angefochtenen Geschäftes die Eventualität einer späteren Insolvenz ernstlich in Erwägung gezogen und ob er für den Fall des Eintrittes dieser Eventualität auch die Verkürzung der Gläubiger durch das fragliche Geschäft erkannt hat. Bejaht der Richter diese Frage, so ist wenigstens auf Seite des Schuldners den Voraussetzungen der Anfechtung Genüge geschehen.

Dagegen wird bei Geschäften, die der Schuldner erst, nachdem er bereits insolvent war, abgeschlossen hat, der Regel nach die beiderseitige Kenntniß der Thatsache der Insolvenz ausreichen, sobald nur gleichzeitig auch die objektive Nachtheiligkeit des Geschäftes für die Gläubiger beiden Kontrahenten bekannt ist. Denn hieraus ergiebt sich zweifellos, daß der Schuldner mindestens eventuell die Schädigung der Gläubiger gewollt und daß der Gegner diese eventuelle Absicht gekannt hat. Nur kommt es immer auf die subjektive Auffassung der Betheiligten an, und es ist deshalb auch mit der Möglichkeit zu rechnen, daß diese oft genug in gar zu großem Optimismus eine Handlung auch vom Standpunkt der Gläubiger aus für vortheilhaft erachten können, welche ein Unbefangener in Erwägung aller Chancen für und wider unbedenklich als eine schwere Benachtheiligung der Gläubiger bezeichnen wird. Natürlich kann dann von der paulianischen Anfechtung nicht die Rede sein. Es erwächst somit auch in Fällen dieser Art für den Richter die schwierige Pflicht, die subjektiven Meinungen des Schuldners und des Gegners festzustellen; der Richter wird aber das Eine festhalten können: in der Regel weiß der Schuldner, welcher sein Waarenlager unter dem Tagespreise verkauft, weil er seine Insolvenz erkennt, daß er damit

ein Experiment auf Kosten der Gläubiger begeht; und wenn er sich noch so sehr mit der Hoffnung trägt, die Gläubiger würden davon keinen Schaden erleiden, so weiß er doch gleichzeitig, daß die Gläubiger sich jetzt, nachdem seine Insolvenz vollzogene Thatsache und er selber der Eventualität des Konkurses verfallen ist, solche Experimente nicht mehr gefallen zu lassen brauchen[11].

In allen diesen Fällen ist übrigens zu beachten, daß die Identifizirung von Absicht und grober Fahrlässigkeit — dolus und culpa lata — mit Bezug auf ihre rechtlichen Wirkungen nicht auf das Anfechtungsrecht angewendet werden darf[12]. Denn wenn schon im Partikularrecht die Identifizirung nicht ausnahmslos durchgeführt wird, ist sie vollends für das Reichsrecht ohne jeden positiven Anhalt. Deshalb bleibt von der Anfechtung eine Handlung ausgeschlossen, die jeder Unbefangene unbedenklich für eine grobe Schädigung der Gläubiger halten wird, die dagegen der Schuldner leichtsinniger Weise für ungefährlich erachtet hat. Freilich wird in der Praxis diese Unterscheidung von dolus und culpa lata meistens ohne Einfluß sein, da der Richter kraft seiner freien Sachwürdigung eine Absicht des Schuldners schon dann für erwiesen ansehen wird, wenn dieselbe nur bei grober Fahrlässigkeit desselben ausgeschlossen sein würde[13]; jedoch ist es dem Gegner auch in diesem Falle nicht zu verwehren, seinerseits die grobe Fahrlässigkeit des Schuldners darzuthun und dadurch die Annahme eines Dolus desselben zu widerlegen.

4. Absicht der Begünstigung, Anfechtbarkeit der Zahlungen auf Schuld. Wenn ein Schuldner, der seine Insolvenz kennt, einen seiner Gläubiger voll befriedigt oder ihm ein Pfand bestellt, so ist er sich offenbar bewußt, daß er zugleich mit der Begünstigung des einen die andern Gläubiger benachtheiligt. Ein Rechtsakt dieser Art ist also im Sinne der Entwickelung zu 3 eine absichtliche Schädigung der Gläubiger und scheint

---

11 So im Wesentlichen Seuff. 11^{66}, Lübeck bei Kierulff 3^{402}, wogegen Seuff. 7^{268}. 28^{93}, Strieth. 4^{357} und neuerdings Mot. 108. 130, Otto 111 etwas zu generell die Kenntniß der Insolvenz für gleichgiltig erklären. Umgekehrt ließ A.G.O. I. 50 § 55 es allgemein und ohne einer Ausnahme zu gedenken bei der fraglichen Kenntniß bewenden.

12 Eck, Jenaer Lit.-Ztg. (1874), 589, Otto 108. A. M. Beisert 45, Schönemann 38 und häufig die Praxis, z. B. Seuffert 11^{66} („der Kridar kann sich mit der Unkenntniß seiner Vermögensunzulänglichkeit nicht entschuldigen"). Auch das englische Recht läßt nur wirkliche Kenntniß, nicht fahrlässige Unkenntniß gelten. Robson, law of bankr. 562. Anders Amerika s. 35 (der Gläubiger muß haben „reasonable cause to believe u. f.") und Zürich 1019 (wenn der Gläubiger wußte oder wissen mußte).

13 Mehr meint wohl auch Hasenbalg 45 und ihm folgend Völderndorff I. 291 nicht, obschon der Hinweis auf das, was „ein vernünftiger Mann" wissen muß, Zweifel übrig läßt.

deshalb überall da anfechtbar zu sein, wo das Gesetz eine solche absichtliche Schädigung der Gläubiger als Voraussetzung der Anfechtung fordert.

Daß dieses Ergebniß unserem positiven Rechte nicht entspricht, ist unbestritten. Dagegen sind die Meinungen darüber sehr getheilt, aus welchem Grunde jene Konsequenz abzulehnen ist; es ist deshalb auch sehr bestritten, in welchem Umfange die Begünstigungen eines einzelnen Gläubigers der Anfechtung entzogen sind.

Das Obertribunal [14] hat angenommen, eine Zahlung des insolventen Schuldners verfolge eben als solche die Absicht, einen einzelnen Gläubiger zu befriedigen, und sei gerade aus diesem Grunde seine Absicht, die andern Gläubiger zu benachtheiligen, ausgeschlossen. Mit demselben Rechte müßte man aber auch die Schenkung eines Insolventen von der paulianischen Anfechtung ausnehmen, weil derselbe damit den Empfänger zu bereichern beabsichtigt, also nach der Auffassung des Obertribunals auch hier eine Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht anzunehmen sein würde. Damit wären aber die Grenzen der schuldnerischen fraus noch über das römische Recht hinaus [15] eingeengt.

Die ganze Argumentation des Obertribunals verkennt eben, daß im Bereich des Anfechtungsrechtes Absicht, Vorsatz und bewußtes Thun identisch sind und deshalb die Absicht, eine bestimmte Person zu bereichern, oder einen Gläubiger zu begünstigen, mit der Absicht, die andern Gläubiger zu benachtheiligen, sehr wohl verträglich ist, ja die letztere Absicht bei einem Schuldner, der sich seiner Insolvenz bewußt ist, ohne Weiteres aus der ersten Absicht folgt.

Eine zweite — und wohl die herrschende [16] — Meinung schließt die Anfechtung nur deshalb aus, weil es einem Gläubiger nicht zu verargen sei, eine Leistung anzunehmen oder zu fordern, auf welche er ein Recht habe. Auch diese Meinung scheint uns ganz unhaltbar. Denn unser positives Recht fragt mit keinem Wort darnach, was dem Gläubiger zu verdenken und was ihm nicht zu verdenken ist. Das Gesetz läßt im Gegentheil die Anfechtung einer Zahlung auf Schuld ausdrücklich zu, sobald der Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners gekannt hat, obwohl auch in diesem Falle dem Gläubiger die Ablehnung der Zahlung absolut nicht zugemuthet werden kann. Unmöglich kann also bei einem andern Falle der Anfechtung jene milde Rücksichtnahme auf die Situation des Gläubigers für selbstverständlich gelten und als stillschweigender Wille des Gesetzes demselben ohne Weiteres suppeditirt werden [17].

---

14 Strieth. 28¹⁹⁶. 74¹¹⁰, Entsch. 38⁴¹². Aehnlich Jäckel 55 flg.

15 l. 17 § 1 D. h. t.

16 Vgl. unten § 23 Nr. 4, namentlich Note 17.

17 Die Römer sagen freilich: quod ait praetor: „sciente" sic accipimus:

Auch vom Standpunkte des Schuldners aus läßt sich die Unanfechtbarkeit der Zahlungen nicht rechtfertigen, indem man etwa nur eine „rechtswidrige" Absicht desselben als ausreichenden Grund der Anfechtung gelten läßt. Denn das Gesetz erwähnt solche besondere Rechtswidrigkeit der schuldnerischen Absicht nicht, sie wäre mit dem gleichen Rechte auch bei allen andern Fällen der Anfechtung zu suppeditiren, und es würde damit dem ganzen System des heutigen Anfechtungsrechts jede feste Grundlage entzogen sein[18].

Noch weniger haltbar ist endlich die Meinung, es müsse jede Zahlung des Schuldners in Kenntniß seiner Insolvenz anfechtbar sein, denn es scheint uns nach dem ganzen System des Anfechtungsrechts zweifellos, daß Zahlungen, welche in K.O. § 23 einer sehr speziellen Anfechtung unterworfen werden, nicht außerdem noch in so umfassender Weise anfechtbar sein dürfen. Auch würde außerhalb des Konkurses die Anfechtung einer Zahlung nur aus dem Grunde, weil die Insolvenz des Schuldners diesem und dem Gläubiger zur Zeit der Zahlung bekannt war, unerträglich sein, denn sie bedeutete nichts anderes als die Begünstigung des einen Gläubigers in die Begünstigung eines andern zu verwandeln, ohne daß der letztere auch nur den geringsten materiellen Anspruch auf diese Bevorzugung hätte.

Hiernach bleibt nur eine einzige Auslegung des Gesetzes möglich: nämlich als Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, nur eine solche gelten zu lassen, die sich auf die Gesammtheit der Gläubiger bezieht. Darnach unterscheidet sich denn allerdings von selbst die Begünstigung eines einzelnen Gläubigers zum Nachtheil der andern Gläubiger von einer Benachtheiligung aller Gläubiger[19, 20].

Es ist darnach jede Begünstigung eines Gläubigers, mag sie nun in direkter Erfüllung seiner Forderung, in der Gewährung eines Erfüllungs-

---

te conscio et fraudem participante l. 10 § 2 D. h. t. Dafür enthält aber auch das Edikt des Prätors die Bestimmung der K.O. § 23¹ nicht. Uebrigens wohnt dem Ausdruck „Absicht zu benachtheiligen" nicht entfernt eine Beziehung auf einen rechtswidrigen Charakter der Absicht inne, während dies bei dem Worte „fraus" und auch bei der „Absicht die Gläubiger zu bevortheilen" — vgl. Preußen 103 — allerdings der Fall ist.

[18] Uebereinstimmend Reichsgericht 9⁷³: der Schuldner braucht sich der „Verbotwidrigkeit" seiner Handlung nicht bewußt gewesen zu sein; eine besondere Rechtswidrigkeit derselben ist nicht erforderlich.

[19] So unterscheidet auch Amerika s. 35 die Absicht des Schuldners: to give a preference to any creditor und to prevent (the) property from coming to (the) assignee. Dagegen identifiziren Viele — z. B. Otto 192, Hullmann 146³, Grützmann 143 — beide Absichten.

[20] Auch das Obertribunal hat in seiner strafrechtlichen Praxis in unserm Sinne unterschieden. Rechtsprech. I. 568, Oppenhof, Kommentar, Aufl. 8. zu R.K.O. § 211⁴¹.

surrogats, in der Bestellung von Pfändern, in der Beschaffung eines vollstreckbaren Titels bestehen, der Anfechtung überall entzogen, wo das Gesetz zu ihrer Begründung eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, fordert[21].

Kapitel sechs.

Zuwendung an den Anfechtungsgegner.

§ 18.

Auch dem Anfechtungsschuldner gegenüber muß die Anfechtung wesentlich negativ wirken. Sie kann eben nach keiner Seite hin neue Rechtsverhältnisse schaffen, und deswegen dürfen auch die Verbindlichkeiten des Anfechtungsgegners von diesem aus gesehen keinen neuen und selbständigen Inhalt haben. Gerade so wie aktiv zur Befriedigung der Gläubiger nur verlangt werden kann, was bereits in dem Vermögen ihres Schuldners gewesen ist, gerade so kann passiv aus dem Vermögen des Gegners nur die Beseitigung einer eingetretenen Veränderung dieses Vermögens — mit andern Worten: die Rückgewähr einer Zuwendung in dies Vermögen — gefordert werden[1]. In dieser Beziehung zeigt sich eben, welcher Unterschied zwischen einer verbotenen und einer anfechtbaren Handlung besteht. Während für den Berechtigten durch beide Handlungen gleichmäßig Befugnisse nur negativen Inhalts entstehen, wird der Verpflichtete aus einer verbotenen Handlung zu einer von ihm aus gesehen positiven, inhaltlich selbständigen Leistung verbunden[2], aus einer anfechtbaren Handlung dagegen nur zur Rückgewähr des ihm Zugewendeten genöthigt.

---

[21] Ein Gläubiger als solcher kann also bei der Anfechtung aus § 24 K.O. § 3[1.2] A.G. niemals Anfechtungsgegner sein; und auch bei andern Fällen der Anfechtung haftet der Rechtsnachfolger eines Gläubigers nur dann, wenn er mit dem Schuldner verwandt ist. K.O. § 33, A.G. § 11.

[1] Die Frage ist nirgends eingehend erörtert. In unserem Sinne äußert sich Stieglitz 186; und auch Eccius 614, dessen eigenthümliche Auffassung unten § 44 zu erwähnen sein wird, sagt: Anfechtungsgegner sei der, zu dessen „Gunsten" die anfechtbare Handlung vorgenommen ist. Abweichend Otto 26. 157 und an der Note 10 genannten Stelle Meischeider. Auch Mandry 525 sagt: Anfechtungsgegner sei, wer neben dem Schuldner bei dem anzufechtenden Rechtsakte mitbeschäftigt war.

[2] Deswegen ist, was für den Kläger Schadensersatz ist, vom Standpunkt des Beklagten aus „Strafe", und die Klage auf Schadensersatz wird zutreffend neben der zweiseitigen Strafklage, die auch dem Kläger eine neue Leistung, eine Privatstrafe, gewähren soll, und neben der restitutorischen Klage, die die Rückgabe einer Zuwendung verlangt, „einseitige Strafklage" genannt. Savigny, System V. 40 flg.

Dieser Beweis ist an sich stringent, und nur das kann fraglich sein, ob das Gesetz den Namen der „Anfechtung" im Bewußtsein seiner theoretischen Tragweite gewählt und nicht in Wahrheit eine einfache Obligation auf Schadensersatz hat schaffen wollen. Oft genug kommen ja betrügerische Manipulationen vor, die lediglich die Gläubiger benachtheiligen oder dem Schuldner selbst zu Nutze sein sollen, ohne daß sie eine Zuwendung an eine dritte Person enthalten. Für Fälle dieser Art gewährt aber nur ein Rechtsmittel ausreichenden Schutz, welches die thätig betheiligten Personen einfach und schlechthin zum Schadensersatz verpflichtet ohne Rücksicht darauf, ob deren eigenes Vermögen durch ihre Thätigkeit irgendwie eine Veränderung erfahren hat. Aber auf der andern Seite ist es auch unzweifelhaft, daß eine Pflicht zum Schadensersatz schlechthin den Dritten mit außerordentlicher Härte trifft, und für ihn, wie schon betont, eine eigentliche „Strafe" darstellt. Sie würde also stets, wenn das Gesetz nicht geradezu ungerecht sein wollte, ein grobes Verschulden des Anfechtungsgegners als ihre Bedingung voraussetzen. Die Voraussetzungen der Anfechtung enthalten aber solch ein Verschulden nicht. Vielmehr trifft die Anfechtung vielfach trotz aller angeblichen Doluspräsumtionen einen völlig gutgläubigen Gegner oder beruht nur auf einem geringen Verschulden des letzteren, und es ist deshalb wenig wahrscheinlich, daß das Gesetz die Haftung des Anfechtungsgegners von vornherein nach Deliktsgrundsätzen hat normiren wollen [3]. Dieser Erwägung gegenüber muß das Bedürfniß der Gläubiger weichen. Diese müssen es sich eben gefallen lassen, daß, nachdem die Grenzen der Anfechtung über die Fälle wirklicher fraus ausgedehnt worden sind, intensiv ihre Wirkungen gemildert werden [4].

Dazu kommt, daß das Gesetz nur „Rechtshandlungen" für anfechtbar erklärt. Es wäre in der That unerfindlich, warum Handlungen thatsächlicher Natur, etwa die Zerstörung oder das Verheimlichen von Massebestandtheilen, nicht unter die Anfechtung gestellt worden sind, wenn die Wirkungen derselben wirklich einfach auf Schadensersatz gingen, und nicht vielmehr die restitutorische Natur der Anfechtung einen Uebergang von Werthen zwischen Vermögen und Vermögen, also regelmäßig eine rechtliche Veränderung voraussetzte [5]. Ebenso setzt die Haftung des Rechtsnachfolgers, wie R.K.O. § 33 sie ohne nähere Erläuterung anordnet, ein

---

[3] Oder es hätte das Gesetz die Milderung, die für den gutgläubigen Gegner bei unentgeltlichen Verfügungen eintritt, in der einen oder andern Form verallgemeinern müssen.

[4] Anders das auf dem Standpunkt der fraus stehende römische Recht l. 25 § 3 D. h. t. Unterholzner, Schuldverhältnisse II S. 95.

[5] Die Römer — vgl. die vorige Note — ließen denn auch neben dem gerere ein facere zu, l. 10 pr. l. 25 § 7 D. h. t. Huschke S. 62. 81.

Vermögensobjekt voraus, das gleichzeitig Gegenstand der Anfechtung und der Rechtsnachfolge ist, wird also ebenfalls durch eine Zuwendung an den ersten Gegner bedingt.

Sodann ist auch aus einem systematischen Grunde die Beschränkung der Anfechtung, die hier in Frage ist, unabweisbar. Das Gesetz bestimmt nämlich die Passivlegitimation des Anfechtungsschuldners überhaupt nur ganz unvollständig. Bei den unentgeltlichen Verfügungen und der Rückgabe der Illaten fehlt eine Bestimmung ganz, obschon in Betreff der letzteren gerade die Passivlegitimation im Schoße der Reichstagskommission Gegenstand von Bedenken war; aber auch bei den übrigen Fällen der Anfechtung kann etwa die Bezeichnung „der Andere" oder ein Erforderniß, welches bei jedem zufälligen unfreiwilligen Zeugen zutreffen kann, — die Kenntniß gewisser Absichten des Schuldners, — höchstens für eine Andeutung, nicht aber für eine präzise Bestimmung der Passivlegitimation gelten. Das Gesetz setzt also irgendwie noch eine weitere Begrenzung der Passivlegitimation voraus, und zwar offenbar eine gleichmäßige Begrenzung für alle Fälle der Anfechtung, weil sonst das Schweigen des Gesetzes ganz und gar unerklärlich wäre. Nun kann aber solche für alle Fälle der Anfechtung giltige Einschränkung der Anfechtung nicht etwa in dem Erforderniß aktiver Betheiligung des Gegners an der angefochtenen Handlung gefunden werden, da diese mindestens bei den unentgeltlichen Verfügungen, etwa bei der Bezahlung fremder Schulden, gewiß nicht für erforderlich zu erklären ist. Es bleibt somit auch von diesem Gesichtspunkt aus nur die Zuwendung an den Anfechtungsgegner als allgemeine Voraussetzung der Anfechtung bestehen[6]. Endlich gewährt das Gesetz in einem speziellen Falle[7] auch einen ausdrücklichen Anhalt für unsere Auffassung. Wenn der erste Nehmer eines Wechsels nach der Zahlungseinstellung des Acceptanten und in Kenntniß derselben den Wechsel begiebt, und demnächst die Einlösung des Wechsels durch den Acceptanten erfolgt, so soll jener die gezahlte Summe erstatten. Ist jedoch die Begebung für Rechnung eines Dritten erfolgt, so ist lediglich dieser erstattungspflichtig. Die bloße thätige Mitwirkung zur Schädigung der Gläubiger genügt in diesem Falle also nicht, sondern es wird eine Mitwirkung im eigenen Interesse verlangt. In Verbindung mit den oben angeführten Gründen erscheint die Ausdehnung dieses Erfordernisses auf alle andern Fälle der Anfechtung geboten.

Der Begriff der Zuwendung[8] bestimmt sich nun nach den allgemeinen

---

[6] Preußen nennt, K.O. § 106. 109, den Gegner „Besitzer" und „Erwerber", Bayern 1226 „Erwerber", Nordamerika s. 35: the person receiving such payment u. s. f., gehen also von der gleichen Auffassung aus.

[7] K.O. § 27 Abs. 2. Näheres hierüber unten § 62.

[8] Unanfechtbar ist z. B. die Eintragung einer Grundschuld für den Schuldner

Regeln, wie das römische Recht sie namentlich bei der Lehre von den Bereicherungsklagen und von der Schenkung mit großer Unbefangenheit und Sicherheit entwickelt hat. Wesentlich ist es namentlich und folgt aus dem restitutorischen Charakter der Anfechtung zur Evidenz, daß die Entziehung von Befriedigungsmitteln auf der einen und die Zuwendung von Vermögenswerthen auf der andern Seite mit einander korrespondiren müssen, daß es sich dabei wirthschaftlich um einen und denselben Werth und um dessen Uebertragung und Umsetzung aus dem einen in das andere Vermögen handeln muß. Am deutlichsten ist diese Beziehung von Gewinn und Verlust, derart, daß beide sich gegenseitig bedingen, wenn es sich um Rechtsverhältnisse gerade zwischen den beiden Vermögen, um Rechte des einen gegen das andere handelt, und zwar gleichmäßig, wenn das Vermögen des Schuldners zu Gunsten des gegnerischen durch Begründung einer Forderung, eines Pfandrechtes, eines jus in re belastet, wie wenn das andre Vermögen zum Nachtheil des Schuldners durch Erlaß einer Forderung oder Aufgabe eines Nießbrauchs entlastet wird. Kaum minder deutlich ist diese gegenseitige Beziehung, wenn der Werthübergang sich in Form einer Uebertragung von Rechten vollzieht, denen dritte Personen als Hauptbelastete gegenüberstehen, sei es, daß Eigenthum oder Besitz, sei es, daß Servituten, Pfandrechte an Sachen Dritter, Forderungsrechte gegen Dritte Gegenstand der Uebertragung sind. Zweifelhafter sind dagegen diejenigen Fälle, in denen der Gewinn auf der einen Seite nicht mit dem Verluste auf der andern zusammenfällt, nicht mit ihm identisch ist, sondern erst durch einen selbständigen wirthschaftlichen oder rechtlichen Vorgang hervorgebracht werden muß. Nachdem indeß die römische Theorie auch in diesen Fällen indirekter Zuwendung die Korrespondenz von Gewinn und Verlust anerkannt und je nach Lage des Falles die Regeln der Schenkung und der ungerechtfertigten Bereicherung auf diese Fälle angewendet hat, muß unzweifelhaft auch das moderne Recht hierin eine für die Anfechtung zureichende Vermögenszuwendung erblicken. Deshalb ist anfechtbar vor Allem das Bezahlen fremder Schulden, die Verwendung ehemännlichen Kapitals in das inferirte Grundstück der Ehefrau, die Bestreitung nothwendiger fremder Auslagen, überhaupt jede sonst dem Anfechtungsrecht genügende Handlung, welche irgendwie dem Gegner auf Kosten des schuldnerischen Vermögens objektiv „werthvoll" ist, also ihm neue Werthe schafft, bestehende erhöht oder den Verlust oder die Verringerung bestehender Werthe verhindert [9].

---

auf dessen eigenem Grundstück, da diese keine Zuwendung an eine dritte Person enthält. Gruchot 23[445].

[9] Ein Fremder zedirt seine Forderung unentgeltlich an den Gegner und erhält dafür Vergütung vom Kridar, Strieth. 31[308]. A.G. § 13 Abs. 3 ist gleichfalls nur ein Ausfluß dieser Anschauung.

Dagegen genügt es für die Anfechtung nicht, wenn ein Dritter die
Operationen des Schuldners selbständig für sich verwerthet, und etwa die
Lieferungsverträge, die dieser dolos gekündigt hat, für sich übernimmt: denn
hier ist der Verlust, den die Gläubiger erleiden, zwar die Bedingung, nicht
aber die Ursache des gegnerischen Gewinns. Ebensowenig genügt es, wenn
bei einem an sich eine Zuwendung enthaltenden Geschäfte der Schuldner
zwar benachtheiligt wird, der Nachtheil aber keinerlei Beziehung zu dem
Vermögen des Dritten hat: ein Beispiel ist, daß der Schuldner das Inventar
und die Gebäude seiner Fabrik an einzelne Personen auf Abbruch verkauft,
und der Kaufpreis zwar den Werth der Materialien, nicht aber den Ver-
kaufswerth des Fabriketablissements als Ganzen erreicht. Deshalb haftet
weiter derjenige, der den angefochtenen Akt in fremdem Namen vornahm,
gleichgiltig ob er Bevollmächtigter oder Geschäftsführer ohne Auftrag war,
nicht direkt und für seine Person [10], weil nicht ihm, sondern nur dem Ge-
schäftsherren eine Zuwendung zu Theil ward. Endlich haften bloße Theil-
nehmer an anfechtbaren Handlungen des Schuldners als solche nicht, und
der Makler etwa, der die Versilberung des Waarenlagers eines Falliten
unter dem Tagespreise bewirkt, braucht, auch wenn er das Fallissement und
die Preisdifferenz kennt, diese Differenz nicht zu ersetzen.

Besonders zweifelhaft ist endlich diejenige Gruppe indirekter Zuwen-
dungen, bei denen zwar der Vermögensminderung auf der einen Seite eine
Vermögensvermehrung auf der andern entspricht, bei welchem letztere aber
juristisch aus eigenem Rechte des Erwerbers erfolgt. Dahin gehört der in
dieser Form kaum praktische Fall der Römer, daß Jemand derelinquirt und
ein Anderer demnächst okkupirt [11], weiter daß Jemand sein Miteigenthum
oder Miterbrecht aufgiebt und die Mitberechtigten durch Zuwachs diesen
Antheil erhalten, endlich auch der Verzicht auf ein Erbrecht zu Gunsten des
Nächstberechtigten. Hält man indeß fest, daß es sich bei dieser Frage nicht
um die juristische, sondern nur um die wirthschaftliche Uebereinstimmung des
Verlustes einer-, und des Gewinnes andrerseits handelt, und daß diese
wirthschaftliche Uebereinstimmung in diesen Fällen zweifellos gegeben ist,
so wird man auch hier der römischen Auffassung folgen und die Anfecht-
barkeit prinzipiell bejahen können [12].

---

10 R.O.H.G. 2[301] und arg. § 27 Abs. 2 R.K.O. Ebenso die französische
Praxis, Rousseau 178. A. M. Meischeider S. 107 und Korn 131. Anders auch,
und nach Note 4. 5 sehr konsequent, das römische Recht l. 25 § 3 h. t.

11 l. 5 D. h. t.

12 A. M. Jhering, Jahrb. für Dogmatik X S. 303, nur daß er die Anfechtung
da zuläßt, wo eine Umgehung des Gesetzes vorliegt und eine Rechtshandlung der
hier fraglichen Art inhaltlich eine wirkliche Veräußerung enthält. Vgl. aber noch
den folgenden Paragraphen Nr. 2 gegen Ende.

Kapitel sieben.

Die handelnden Personen.

§ 19.

Der normale Fall der Anfechtung ist ein Rechtsgeschäft zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner. Ein allgemeines Erforderniß ist dies jedoch nicht. Weder die Betheiligung des Schuldners noch die des Gegners ist allgemein nothwendig.

1. Die Betheiligung des Schuldners bei der angefochtenen Handlung war nach römischem Rechte unerläßlich. Sein doloses Verhalten war ja der Grund der Anfechtung, und wenn ein Dritter ohne seine Mitwirkung auf eigene Hand die Gläubiger absichtlich geschädigt hätte, so wäre hiergegen vielleicht die actio doli, nicht aber die Pauliana zulässig gewesen. Die persönlichen Forderungen der Gläubiger waren nach römischer Auffassung für den Dritten prinzipiell ohne rechtliche Bedeutung, selbst wenn sie ihm bekannt waren, und wenn er die Insolvenz eines Schuldners beförderte, so wurde dies widerrechtlich nur dadurch, daß auch der Schuldner in dolo war, und das Verhalten des Dritten sich als Theilnahme am „Betruge" des Schuldners charakterisirte.

Das moderne Recht basirt im Gegensatz dazu die Anfechtung überhaupt nicht mehr allgemein auf das arglistige Verhalten der Betheiligten, und auch da, wo es auf eine bestimmte Absicht oder Sachkenntniß bei Vornahme der anfechtbaren Handlung Rücksicht nimmt, kommt in erster Linie nur das Verhalten des Anfechtungsgegners in Betracht. Es ist einerseits für die Interessen der Gläubiger sehr gleichgiltig, ob der Schuldner die Gläubiger absichtlich oder durch Fahrlässigkeit oder selbst nur durch unverschuldetes Unglück schädigt; für die Interessen der Verkehrssicherheit andrerseits kommt es gleichfalls nur auf den Schutz des sachunkundigen Gegners an, und endlich der Schuldner selbst ist bei der Anfechtung nur wegen seiner eventuellen Regreßpflicht interessirt, und diese fällt regelmäßig gerade dann fort, wenn der Schuldner bei der anfechtbaren Handlung gar nicht aktiv betheiligt war. Von diesem Standpunkt aus kann es aber überhaupt auf eine Handlung des Schuldners nicht mehr ankommen. Ist Dolus oder ein vertretbares Versehen auf seiner Seite nicht erforderlich, so hat es auch keinen Sinn mehr, seine Betheiligung bei der angefochtenen Handlung überhaupt noch zu verlangen. Und wenn das Gesetz den gutgläubigen Dritten sichern will, so kann ihm nur die eigene Sachunkenntniß, nicht aber das passive Verhalten des Schuldners als Schutz dienen.

Das moderne Recht hat diese Grundsätze nicht verkannt. Noch die preußischen Gesetze freilich verlangten unbedingt eine Handlung des Schuld-

ners, und das Obertribunal bestand auf der wortgemäßen Auslegung dieser Bestimmung [1]. Dagegen hat das Reichsgesetz wenigstens für die konkursmäßige Anfechtung in zwei Fällen — bei der Anfechtung der Zahlungen und der Gratifikationen — von einer selbständigen Betheiligung des Schuldners abgesehen. Somit ist diese aktive Theilnahme des Kridars nicht mehr allgemeine Voraussetzung der Anfechtung, und damit ist prinzipiell in einem entscheidenden Punkte die römische Theorie aufgegeben [2].

Die praktisch wichtigsten Fälle, die hierdurch im Gegensatz zum römischen Recht der Anfechtung unterworfen werden, sind natürlich nicht die Verfügungen eines Vertreters des Kridars, weil diese den Handlungen des letzteren nach heutiger Rechtsauffassung gleichstehen, auch nicht bewußt rechtswidrige Akte Dritter, weil hier ausreichende Remedur anderweit zu beschaffen sein wird. Vielmehr handelt es sich dabei zunächst um Fälle, in denen der Dritte formell zur Eigenmacht befugt war — nämlich bei Urtheilen, Arresten, Exekutionen [3]. Weiter um Handlungen, bei denen ihm seine Eigenmächtigkeit nicht bewußt gewesen ist, also wenn er irrthümlich die Genehmigung des Kridars für vorhanden ansah, während sie in Wahr-

---

[1] Vgl. unten Note 3. In der Anfechtbarkeit des kaufmännischen Retentionsrechtes hat übrigens bereits das Preuß. Einf.G. zum H.G.B. Art. 30 — vgl. R.O.H.G. 24[408] — eine Ausnahme zugelassen.

[2] So namentlich Fitting 142, Völderndorff zu § 22 und früher schon Meischeider bei Gruchot IV. 353; wogegen die Meisten noch jetzt allgemein eine Handlung des Schuldners verlangen und über die Ausnahme des § 23 K.O. entweder hinweggehen oder sie durch die später zu erörternde künstliche Konstruktion mit dem Prinzip in Einklang zu bringen suchen. So Mot. 115: „der Konkursanspruch kann auch durch die Rechtshandlung eines einzelnen Gläubigers, der gegen die par conditio creditorum verstößt, verletzt werden; es muß aber doch zugleich eine Handlung des Schuldners vorliegen." Man darf diesem kategorischen Muß gegenüber wohl nach dem Grunde desselben fragen, wird aber vergeblich auch nur eine Andeutung desselben suchen. Ebenso Mot. 109. 237, Jäckel 54, Hartmann 24, Otto 26. Mandry 518[16] nimmt sogar bei K.O. § 23[1], wo der Schuldner überhaupt gar nicht thätig zu werden braucht, Dolus desselben an. Vermittelnd Hullmann 137[9]. Auch das französische Recht sieht nur bei Pfandbestellungen von einer Mitwirkung des Schuldners ab (c. de c. Art. 446: hypothèque judiciaire) und lehnt sonst z. B. die Anfechtung eines Judikats ab. Dalloz, rep. 24 Nr. 275, Alauzet, VI Nr. 2498, Rousseau 165. 187. — Das englische Recht verlangt dagegen eine freie Handlung des Schuldners nur da, wo eine bestimmte Absicht auf seiner Seite — a fraudulent preference — geboten ist, vgl. oben § 14 Note 4. Dagegen sind sonst — vgl. Act. 1869 s. 95 — Exekutionen gegen den Schuldner der Anfechtung im weitesten Umfang unterworfen.

[3] Hier lehnte das preußische Recht die Anfechtung ab. Entsch. 38[407. 426]. 51[416], Strieth. 28[197]. 49[293]. App.G. Hamm bei Gruchot 7[534], Förster I. 517, Meischeider 50, Beisert 41 flg., vgl. auch R.O.H.G. 24[408].

heit gar nicht oder in nichtiger Form oder durch einen nicht bevollmächtigten Vertreter abgegeben war, — Fälle, welche bei der allgemeinen Deroute, die einer Konkurseröffnung so oft vorausgeht, nicht so selten sind, wie es zunächst scheinen mag [4]. Ein drittes wichtiges Beispiel geben die Unterlassungen, welche der Kridar unabsichtlich und unbewußt begeht: die Nichtunterbrechung einer Verjährung, die Nichterhebung eines Protestes, die Versäumniß im Prozeß. Endlich viertens die Zessionen von Forderungen gegen den Schuldner und die Begebung von Wechseln, die zu dem Zweck geschehen, eine Kompensation zu begründen [5] oder eine unanfechtbare Zahlung zu erlangen — sei es nun, daß der Zessionar die Zahlungseinstellung des Kridars nicht kennt oder eine kompensable Schuld dem letzteren gegenüber zu begleichen hat, oder daß ihm die Spezialvorschrift für Wechselzahlungen zur Seite steht. — Dabei braucht es kaum hervorgehoben zu werden, daß die praktische Bedeutung dieser Fälle, und zumal des an zweiter Stelle genannten, mehr in der Beweis- als in der Thatfrage besteht, daß also faktisch die Genehmigung des Gemeinschuldners meist vorhanden sein wird, und das hier aufgestellte Prinzip der Masse nur den schwierigen Beweis dieser Genehmigung durch das problematische Zeugniß des Kridars oder der von ihm vorgeschobenen Person abnimmt.

In diesem Zusammenhang ist noch eine Ausführung der Motive [6] zu erwähnen, welche beweist, wie groß der theoretische Einfluß des römischen Rechtes selbst da ist, wo er praktisch schon theilweise als überwunden erscheint. Zahlungen, die nach der Zahlungseinstellung an einen sachkundigen Gläubiger geschehen, sind nach den Motiven um deswillen anfechtbar, weil durch die Zahlungseinstellung der Konkursanspruch der Gläubiger mit Wirkung auch gegen Dritte entsteht, und von nun an die Annahme einer solchen Zahlung eben diesen Konkursanspruch verletzt. Damit wäre dieser Fall der Anfechtung auf ein selbständiges Verschulden des Gegners gegründet, und deshalb eine thätige Mitwirkung des Kridars entbehrlich; überdies erklären die Motive ausdrücklich auch Exekutionen gegen den Gemeinschuldner ohne Rücksicht darauf, ob er stillschweigend damit einverstanden ist, für anfechtbar. Trotz dieser doppelten Erwägung halten die Motive aber auch hier theoretisch an der Mitwirkung des Kridars fest und konstruiren demgemäß die Anfechtbarkeit der Exekutionen auf Grund der Annahme, daß

---

[4] Daß die hier meist schon nach Zivilrecht zustehende Rückforderungsklage nicht zureicht, darüber vgl. oben § 14.

[5] Dieser Fall war nach römischem Recht natürlich nicht anfechtbar, weil eine Handlung des Kridars fehlte, Seuff. 28[173]. Diesen Grund halten auch dem Reichsrecht gegenüber die Mot. 237 aufrecht. Anders die Erklärung des Abg. Hullmann und des Reg.-Kommissars in der R.T.K. Prot. 46.

[6] Mot. 120. Ihnen folgen die meisten Kommentare und in den Gründen auch Reichsgericht III. 397. Richtig Grützmann 156 flg.

nach der Zivilprozeßordnung die Zwangsvollstreckung kraft einer nothwendigen Repräsentation des Schuldners vor sich gehe. Nun ist erstlich die Annahme, als beruhe die Zwangsvollstreckung nach Reichsrecht auf einer nothwendigen Vertretung des Schuldners, durchaus nicht zutreffend[7]. Aber ganz abgesehen davon ist diese ganze Konstruktion höchst willkürlich und künstlich, da offenbar Niemand die Anfechtbarkeit einer Exekutionsmaßregel ernstlich davon abhängig machen wird, ob nach Prozeßrecht der Gerichtsvollzieher den Schuldner oder den Gläubiger oder keinen von beiden vertritt. Niemand wird z. B., wenn ein Partikularrecht bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien oder bei der eigenmächtigen Privatpfändung die Theorie einer Vertretung des Schuldners unzweideutig ausschlöße, deshalb die Anfechtbarkeit solcher Rechtsakte verneinen. Man sieht vielmehr, daß die Motive aus praktischen Gründen auch Exekutionsmaßregeln für anfechtbar erklären wollten, und hinterher, im Banne der romanistischen Theorie, diese Abweichung vom römischen Rechte künstlich hinwegzudeuten suchten. Die Reichstagskommission hat denn auch die Auffassung der Motive fallen gelassen und in den hierher gehörigen Fällen die Erwähnung des Kridars als aktiven Theilnehmers an dem anfechtbaren Akt einfach gestrichen[8].

Dagegen bleibt nach heutigem Recht in allen übrigen Fällen der konkursmäßigen Anfechtung und bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses allgemein eine Handlung gerade des Schuldners erforderlich, und es genügt also auch eine unabsichtliche, wenn schon grob fahrlässige Unterlassung desselben nicht. Theilweise wird man freilich geneigt sein, diese Inkonsequenz im Wege der Interpretation zu beseitigen, und z. B. für die Anfechtung von Schenkungen auch die unabsichtliche Versäumniß einer Protesterhebung seitens des Schuldners genügen lassen oder wird bei Handlungen der Ehefrau des Schuldners über den Mangel zureichender Vertretungsbefugniß derselben hinweggehen wollen. Indeß mit Unrecht. Denn trotz alles sachlichen Widerspruchs muß doch die Abhängigkeit des positiven Reichsrechts von römischen Prinzipien in dieser Beziehung anerkannt werden. Das argumentum a contrario daraus, daß die Mitwirkung des Schuldners in § 23 K.O. ausdrücklich gestrichen worden ist, und die Erwähnung der schuldnerischen Thätigkeit sogar in der Ueberschrift des Anfechtungsgesetzes läßt eine freie Auslegung dieser Art nicht zu.

2. Die thätige Mitwirkung des Gegners ist gleichfalls nicht allgemeine Voraussetzung der Anfechtung. Sie ist vielmehr nur bei der Anfechtung von Verträgen mit Verwandten und bei der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts aus dem Grunde der Zahlungseinstellung (K.O. § 24². 23¹ Satz 1, A.G. § 3²) erforderlich. In allen anderen Fällen ist dagegen

---

[7] Vgl. Z.P.O. § 744. 720.

[8] Auf Antrag des Abg. v. Bahl Prot. 21.

eine Mitwirkung des Gläubigers theils ganz entbehrlich (K.O. § 25, A.G. § 3³. ⁴), theils kann sie in völliger Passivität, nämlich einer bloßen Kenntniß der Sachlage bestehen (K.O. § 23¹ Satz 2, § 23². 24¹, A.G. § 3¹). Nur darf in denjenigen Fällen der Anfechtung, wo das Gesetz eine Kenntniß des Gegners fordert, diese nicht ganz einflußlos sein, d. h. es muß nach Lage des konkreten Falles dem Gegner zugemuthet werden können, diese Kenntniß praktisch zu verwerthen.

Dagegen darf man dies letztere Erforderniß nicht etwa so formuliren, daß der Gegner in der Lage gewesen sein müsse, die Vornahme des anzufechtenden Aktes überhaupt zu verhindern. Vielmehr ist dies weder erforderlich noch genügend. Es ist nicht erforderlich. Denn der Gläubiger, welchem durch einen Verzicht des Schuldners eine unentgeltliche Zuwendung ipso jure zu Theil wird, und der genau weiß, daß der Schuldner mit jenem Verzichte nur seine Gläubiger hat schädigen wollen, vermag die anzufechtende Zuwendung nicht zu verhindern. Dagegen kann er auf Grund seiner Kenntniß der Sachlage den ihm gewordenen Gewinn von vornherein als einen prekären auffassen, und alsdann bereitet ihm die Anfechtung, wenn sie demnächst wirklich eintritt, einen positiven Schaden nicht[9]. Es wäre also ganz irrationell, wegen des Mangels aktiver Betheiligung des Gegners bei diesem Erwerbe seine Kenntniß der Sachlage für unzureichend zu erklären und nur die zeitlich eng begrenzte Anfechtung gewöhnlicher Schenkungen gegen ihn zur Anwendung zu bringen. Wir lassen vielmehr dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend, welches nur eine Sachkenntniß, nicht aber eine thätige Mitwirkung des Gegners verlangt, auch die paulianische Anfechtung gegen ihn zu. Jenes Erforderniß ist aber auch nicht genügend. Wenn z. B. der insolvente Schuldner kurz vor seiner Flucht noch fällige Geldverbindlichkeiten einzieht, und dem einen oder andern seiner Debitoren dabei mittheilt, er wolle das Geld seinen Gläubigern entziehen, so sind diese Debitoren rechtlich sicher befugt, die Bezahlung der Schuld zu verweigern, und wenn sie dennoch zahlten, wäre nach der hier bekämpften Meinung die Zahlung anfechtbar. Nur daß die Debitoren, welche um des Risikos der Anfechtung willen die Zahlung ablehnen, das anderweite Risiko übernehmen, daß ihr Gläubiger sie einfach — vielleicht im Wechsel- oder Urkundenprozeß — verklagt und sie alsdann ihre Gewissenhaftigkeit mit der Bezahlung von Verzugszinsen, Prozeßkosten oder gar Konventialstrafen büßen müssen, da ihnen muthmaßlich der Beweis der Offenherzigkeit ihres Gläubigers und damit die Rechtfertigung ihres Verzuges mißlingen wird. Wenn ferner der Schuldner, welcher notorisch seine Zahlungen eingestellt hat, einem Gläubiger die Einlösung eines Wechsels anbietet, den er und ein

---

9 Sobald man nur die restitutorische Natur der Anfechtungsobligation festhält. Vgl. unten § 44.

früherer Socius acceptirt haben, so kann auch hier der Gläubiger die Zahlung zurückweisen, riskirt aber alsdann, daß, falls es nicht zum Konkurse kommt, die andern Gläubiger des Schuldners die geringen, damals noch vorhandenen Aktiva ihrerseits mit Beschlag belegt und damit einen definitiven Vorzug vor ihm gewonnen haben. Nimmt der Gläubiger dagegen die Zahlung an, so muß er dem zahlenden Schuldner die Wechselurkunde aushändigen und hat also, wenn es zur Anfechtung kommt, und er, wie zu erwarten, den Wechsel vom Konkursverwalter nicht zurückerhält, die Möglichkeit, den zweiten Wechselacceptanten auf Einlösung des Wechsels zu belangen, verloren. Man sieht, daß in diesen beiden Fällen die Zulassung der Anfechtung den Gegner in eine unerträgliche Situation bringt. Die formell vorhandene Möglichkeit, die Vornahme des anzufechtenden Aktes zu verhindern, verbessert eben die Situation des Gegners oft nicht im geringsten und kann also auch nicht genügen, um die Anfechtbarkeit zu begründen. Das von uns aufgestellte Prinzip hat überdies den Vortheil, jede Berücksichtigung des konkreten Falles zu gestatten, während ein Versuch, hier mit einer abstrakten Rechtsregel helfen zu wollen, nur zu neuen dolosen Manipulationen Veranlassung geben würde [10]. So kann z. B. nur für jeden einzelnen Fall entschieden werden, ob die Regreßrechte, welche der Gegner durch Annahme oder Ablehnung der anfechtbaren Handlung gefährdet, für ihn irgendwie praktisch in Betracht kommen.

Eigenthümlich gestaltet sich die Rechtslage des Gegners, wenn er auf den anzufechtenden Erwerb bereits vor dem streitigen Rechtsakte einen bedingten Anspruch besaß. Es ist alsdann eine eigene Zumuthung, daß er von diesem Anspruch keinen Gebrauch soll machen dürfen, lediglich um der persönlichen Verhältnisse des Vorbesitzers willen, die er selbst doch nicht beeinflussen kann. Man denke dabei z. B. an den Fall, daß dem Gegner als substituirtem Erben ein Nachlaß letztwillig zugewendet ist, sobald der Schuldner als ersteingesetzter Erbe die Erbschaft ausschlagen würde. Trotzdem ist auch hier die Anfechtung zuzulassen, weil das Gesetz einen positiven Anhalt für eine mildere Behandlung dieser Fälle nicht gewährt.

3. Handlungen dritter Personen. Da im Resultat also weder eine Handlung des Schuldners noch eine solche des Gegners allgemeine Voraussetzung der Anfechtung ist, so kann im einzelnen Falle die Anfechtung Platz greifen, auch wenn zufällig keiner von beiden handelnd aufgetreten ist. Nur muß dann die Handlung eines Dritten, ein richterlicher Akt z. B. vorliegen, weil das Gesetz nun einmal die Anfechtung bloß auf „Handlungen" bezieht [11].

---

[10] K.O. § 27 liefert einen schlagenden Beweis dafür, daß solche Rechtsregeln immer einerseits zu weit gehen, andrerseits unzureichend bleiben. Vgl. unten § 60 flg.

[11] Ein Beispiel vgl. unten § 34 Nr. 1.

4. Handlungsfähigkeit. Da das Gesetz nur Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, ist auch nur die Thätigkeit eines rechtlich Handlungsfähigen für die Anfechtung genügend. Zweifelhaft kann blos sein, welcher Grad der Handlungsfähigkeit vorhanden sein muß. Sicher nicht die Vertragsfähigkeit, da die Anfechtungsverbindlichkeit den Gläubigern gegenüber nicht aus einem Vertrage oder einem auch nur entfernt ähnlichen Rechtsverhältnisse herrührt; ebensowenig aber die Zurechnungsfähigkeit bezüglich der unerlaubten Handlungen, weil die Anfechtung auch nicht auf einem Delikt beruht. Deshalb kann nur die Fähigkeit zur Uebernahme von Verbindlichkeiten gefordert werden, die weder kontraktlich noch deliktartig sind, und da das partikulare Recht diese Fähigkeit nicht besonders zu normiren pflegt, so kann sie nur mit der Handlungsfähigkeit schlechthin identifizirt werden[12], ist also dem Minderjährigen und dem Verschwender zuzuerkennen, dagegen Wahnsinnigen und Kindern unter sieben Jahren abzusprechen. Diese Fähigkeit genügt auch dann, wenn der anfechtbare Akt selber ein Vertrag ist, da die Anfechtung auch ungiltige Rechtsgeschäfte mitumfaßt.

Soweit es übrigens bei dem Anfechtungsgegner auf guten und bösen Glauben und auf die Kenntniß gewisser Absichten und Thatumstände ankommt, tritt selbstverständlich die Bedeutung jener abstrakten Handlungsfähigkeit zurück, und es ist Sache des konkreten Falles, das Vorhandensein derartiger subjektiver Momente festzustellen[13]. Dabei kommt in Betracht, daß das Gesetz, wenn es die Kenntniß einer bestimmten Thatsache voraussetzt, damit die Kenntniß der wesentlichen Eigenschaften dieser Thatsache, nicht aber ihrer bloßen äußerlichen Existenz meint und also in jedem Falle die Einsicht in das Wesen und in die Bedeutung der Thatsache verlangt. In allen diesen Fällen wird also der Regel nach die Minderjährigkeit des Anfechtungsgegners seine Unkenntniß der Sachlage darthun und deshalb die Anfechtung ausschließen[14]. Dagegen treffen diese Erwägungen auf den Schuldner und dessen Handlungen nicht zu, soweit nicht eine spezielle Absicht auf seiner Seite gefordert wird, und es genügt deshalb bei ihm die Handlungsfähigkeit schlechthin.

5. Bezüglich der Stellvertretung kommen die allgemeinen Grundsätze des partikularen Rechtes zur Anwendung.

a) Handelt Namens des Anfechtungsgegners ein Vertreter im Rahmen einer zureichenden Vollmacht oder unter nachträglicher Genehmigung seitens des Geschäftsherrn, so wird dieser verpflichtet, als habe er die Handlung

---

[12] So auch Sachsen § 1513, weil es nur für Handlungsunfähige eine Spezialbestimmung für nöthig hält.

[13] Otto 109: Der Gegner muß doli capax sein.

[14] Sachsen 1513 läßt hier zweckmäßig den Anfechtungsgegner auf die Bereicherung haften. Vgl. l. 10 § 5 D. h. t.

selbst vorgenommen, und insbesondere steht die Sachkenntniß und der böse Glaube des Vertreters der des Vertretenen vollkommen gleich. Dies auch, wenn der Geschäftsherr einen Auftrag zur Vornahme von Geschäften innerhalb einer bestimmten Grenze oder gar zu einem speziellen Geschäft gegeben hat, wie etwa bei der Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Vornahme einer bestimmten Zwangsvollstreckung. Denn auch hier ist der Vertreter nicht bloßer Bote, sondern muß den entscheidenden Entschluß über die Vornahme des Aktes selber fassen, sein Wille ist also ein wesentlicher Theil des Geschäftswillens, und letzterer läßt sich ohne Fiktion von den Mängeln nicht loslösen, die ihm zufällig in der Person des Vertreters anhaften[15]. Auf der andern Seite genügt es aber auch, wenn zwar nicht der Vertreter, aber doch der Vertretene die Kenntniß eines für die Anfechtung erheblichen Punktes besaß[16], und falls das Gesetz eine Mehrheit subjektiver Anforderungen stellt, ist es auch zureichend, wenn denselben theils der erstere, theils der letztere entspricht; nur muß der Vertretene gleichzeitig auch die Vornahme des anfechtbaren Aktes gekannt haben, weil seine Sachkenntniß andernfalls praktisch bedeutungslos und daher auch für die Anfechtung nicht zureichend wäre[17]. Für seine eigene Person haftet der Vertreter nicht[18].

Hat dagegen der Vertreter seine Vollmacht überschritten oder besaß er eine giltige Vollmacht überhaupt nicht, so haftet der Geschäftsherr selbstverständlich nicht[19], aber auch der Geschäftsführer darf nicht ohne Weiteres

---

[15] Höchstens kann er das ganze Geschäft verwerfen. So Goldschmidt in seiner Ztsch. XVI. 290 flg. 330 flg., wenn er auch nur von kontraktlichen Versehen spricht, Laband ebend. X. 225 flg. und aus der Praxis Seuff. 25[93], R.O.H.G. 6[104], die Münchener Entscheid. bei Hartmann S. 53 und jetzt das Reichsgericht 7[36], endlich für das englische Recht Robson, law of bankr. 502 flg. (Kenntniß des Agenten, des Anwalts genügt, nicht aber auch die Kenntniß des Sheriffs und seiner Beamten). A. M. Dernburg, Heidelb. Krit. Ztsch. I. 19 flg. mit spezieller Beziehung auf die Pauliana und neuerdings Preuß. Privatrecht I. 247[8], Korn 131. Vgl. noch unten § 34 Nr. 2.

[16] Denn auch sein Wille ist in Form des Auftrages wesentlicher Theil des Geschäftswillens. Wie, wenn ein Vertreter die Kenntniß besaß, und der Geschäftsherr oder ein andrer Vertreter das streitige Geschäft ausführten? Der obige Grund gilt hier nicht, und deshalb ist die Kenntniß gleichgiltig, es wäre denn, daß der sachkundige Vertreter — vielleicht gerade zur Vermeidung der Anfechtung — einen nicht sachkundigen, z. B. ein Anwalt den andern, an seine Stelle treten läßt.

[17] Goldschmidt, Ztsch. f. HR. IX. 40[27]. Uebereinstimmend die englische Praxis Robson, law of bankr. 562 flg. A. M. Dernburg II. 325[18].

[18] Vgl. oben § 18 Note 10.

[19] Wenn er genehmigt, gilt seine Vollmacht als von Anfang an vorhanden, und er muß sich das Risiko, daß der negotiorum gestor unredlich gehandelt hat, gefallen lassen, so gut wie bei jeder andern Art Vertretung. A. M. Goldschmidt

als Anfechtungsschuldner angesehen werden, weil der Mangel einer Vollmacht noch nicht die positiven Voraussetzungen der Anfechtung ersetzt, und insbesondere nicht immer eine Zuwendung in das Vermögen des falsus procurator vorliegen wird. Alsdann haftet der Geschäftsführer lediglich nach Zivilrecht; und zwar ist sein Dolus oder sein Verschulden hierfür nur insoweit von Bedeutung, als sie sich auf die Person des Schuldners beziehen und durch ein konkurrirendes Verschulden desselben nicht ausgeglichen werden; eine absichtliche oder fahrlässige Schädigung der Gläubigerinteressen durch den Geschäftsführer bleibt dagegen außer Betracht, weil diese Interessen gegen Verletzungen seitens Dritter eben nur auf dem Wege der hier nicht zulässigen Anfechtung Schutz erhalten.

b) Für eine von Vertretern des Schuldners vorgenommene Handlung gelten die gleichen Grundsätze, wie sie zu a entwickelt sind. Zu betonen ist namentlich, daß die von einem nicht bevollmächtigten Vertreter, etwa von der Ehefrau des Schuldners getroffenen Verfügungen nur da zur Anfechtung geeignet sind, wo das Gesetz eine Handlung auf Seite des letzteren überhaupt nicht erfordert. Wo dagegen eine aktive Betheiligung des Schuldners an der streitigen Rechtshandlung Voraussetzung ihrer Anfechtbarkeit ist, kann es auch nicht genügen, daß der Gegner den Vertreter für bevollmächtigt hielt und zugleich seine Absicht, die Gläubiger des Geschäftsherren zu schädigen, kannte; vielmehr ist er in diesem Falle nur nach Zivilrecht zur Rückgewähr der ihm gemachten rechtsungiltigen Zuwendung verpflichtet, und er haftet dabei zunächst wie ein redlicher Besitzer[20].

Ein eigenthümlicher Fall der Vertretung des Schuldners ergiebt sich aus dem ehelichen Güterrecht. Es muß hier für die Anfechtung genügen, wenn bei dem Konkurse des Ehemannes nicht dieser selbst, sondern seine Ehefrau kraft gesetzlicher Vollmacht[21] über sein Vermögen oder über die ganze gütergemeinschaftliche Masse oder zum Nachtheil seines Nießbrauchs über die eignen Illaten verfügt hat, und ebenso genügt es bei dem Konkurse der Ehefrau, — derselbe ist etwa wegen ihrer vorehelichen oder ihrer Handelsschulden eröffnet, — wenn der Ehemann kraft seines Nießbrauchs oder seiner Verwaltungs- und Vertretungsbefugniß Mobilien der Gemeinschuldnerin veräußert oder Schulden zu Lasten derselben kontrahirt hat[22].

---

a. a. O. IX. 41[28], insofern als er die Kenntniß des negotiorum gestor für gleichgiltig erklärt.

[20] Vgl. oben § 14.

[21] Man denke an Handelsschulden und an die Befugnisse aus L.R. II. 1 § 202 flg.

[22] Ebenso genügt es für die Passivlegitimation, wenn etwa der Ehemann kraft gesetzlicher Vollmacht — bei der Gütergemeinschaft also schlechthin — für die Frau erwirbt. Entsch. 13[123].

Allerdings sind diese Befugnisse von besonderer Art, da sie von dem Vertreter im eignen Interesse ausgeübt werden können, der Vertretene sie also selbst nicht kündigen oder eigenmächtig beschränken darf. Trotzdem bleiben diese Rechte theilweise von den Ereignissen abhängig, welche das Vermögen des andern Ehegatten auch während der Ehe treffen, und es wirken also auch die einseitigen Schulden desselben, soweit sie überhaupt giltig zu Stande gekommen sind, es wirkt auch die durch diese Schulden nach rückwärts hin begründete Anfechtbarkeit auf den Inhalt der Vertretungsbefugniß und auf die kraft der Vertretungsbefugniß vorgenommenen Rechtsakte ein. Dieselbe erscheint also insofern lediglich als ein abgeleitetes Recht[23]. Namentlich gilt dies auch für den prägnantesten Fall, daß die Ehefrau als Vertreterin ihres erkrankten und demnächst in Konkurs verfallenen Gatten ihr eignes Vermögen sicherstellt, insbesondere also für sich ein Aussonderungsrecht begründet[24].

Hervorzuheben ist weiter die Vertretung des Schuldners bei einem Nachlaßkonkurse. Zunächst findet aus Handlungen, welche noch zu Lebzeiten des Erblassers stattgefunden haben und insbesondere aus Akten, welche er selbst vorgenommen, auch dem Nachlaß gegenüber die Anfechtung statt. Daneben unterliegen aber auch Akte, welche nach dem Tode des Erblassers, insbesondere seitens des Vorbehaltserben und des Pflegers ausgeführt sind, der Anfechtung schon um deswillen, weil unmöglich der Nachlaßverwalter, der beschränktere Befugnisse wie ein wirklicher Eigenthümer hat, größere Freiheit zur Schädigung der Nachlaßgläubiger haben kann. Rechtlich ist deshalb der Erblasser in diesem Falle fortdauernd als der Schuldner und der Nachlaßverwalter als sein Vertreter anzusehen[25].

Kapitel acht.

Zeitliche Begrenzung.

§ 20.

1. Uebersicht. Neben den materiellen und formellen Voraussetzungen, die wir bisher dargestellt haben, setzt das Gesetz der Anfechtung auch eine zeitliche Grenze. In einem Falle freilich — bei der paulianischen Anfechtung — ist die Grenze weit genug: sie wird hier nur durch die Fortdauer des Vermögens des dolosen Schuldners bestimmt, setzt also lediglich

---

[23] Strieth. 13[354]. Abweichend Strieth. 73[185].

[24] A. M. für diesen speziellen Fall Hartmann 67.

[25] So Stieglitz zu § 33 und früher ausdrücklich Preußen § 105 und Entw. I. § 35.

voraus, daß dieser noch am Leben oder sein Nachlaß noch selbstständig konkursfähig ist[1]. In den übrigen Fällen tritt dagegen die zeitliche Beschränkung der Anfechtung sehr prägnant hervor. Sie ist zum Theil der Dauer nach fest fixirt — nämlich von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs oder von der Konkurseröffnung an zurückgerechnet auf zwei Jahr bei der Anfechtung gegen den Ehegatten, auf ein Jahr bei gewöhnlichen Schenkungen, bei der Anfechtung gegen Verwandte, endlich bei Verfügungen über die Einlage des stillen Gesellschafters. Sie ist zum Theil beweglich, nämlich von der Konkurseröffnung zurückgerechnet bis zum Eröffnungsantrage bei Geschäften, die in Kenntniß dieses Antrages geschehen, und von demselben Ausgangspunkt zurückgerechnet bis zu dem zehnten Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage bei den Gratifikationen. Die Frist ist endlich zugleich beweglich und fixirt, indem sie von der Konkurseröffnung ab zurückgerechnet sich bis zum Tage der Zahlungseinstellung, längstens aber auf sechs Monate erstreckt, bei Geschäften, welche in Kenntniß der Zahlungseinstellung geschlossen werden[2].

2. Die Berechnung dieser Fristen ist durchweg zivil. Allerdings mit der Maßgabe, daß da, wo ein bestimmtes charakteristisches Ereigniß eines einzelnen Tages diesen zum Ausgangs- oder Endpunkt einer Frist macht, die zivilistische Untheilbarkeit dieses Tages außer Ansatz bleibt. Bei dem Endpunkt der Frist für die konkursmäßige Anfechtung, dem Tag der Eröffnung des Verfahrens, — wo die Stunde des Gerichtsbeschlusses die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit abgiebt, — ist dies von selbst klar[3]; analog folgt es aber auch für den Tag der Zahlungseinstellung und des Eröffnungsantrages, so daß die Anfechtbarkeit eines an diesem Tage vorgenommenen Aktes von der kleinsten Zeitdifferenz abhängen kann, welche zwischen der Vornahme der Handlung und dem Eintritt des fristbestimmenden Momentes nachweisbar ist[4]. Trotzdem aber der Ausgangstag der Frist, von dem ab dieselbe zurückgerechnet wird, hiernach zu einem Bruchtheile in die Frist hineinfällt, geht die Berechnung des modernen Rechtes, im Gegensatz zu der des römischen, vom Anfangsmomente des nächstvorher-

---

[1] Vgl. unten Nr. 4.

[2] Die Fristbestimmungen sind erheblich enger als Preußen und sogar noch Entwurf I sie festgesetzt hatten: hier stand an Stelle der ein- eine zweijährige Frist, und an Stelle der zweijährigen bei Geschäften zwischen Ehegatten war die Anfechtung unbegrenzt zugelassen. Die außerdeutschen Staaten haben dagegen — außer dem Fall der absichtlichen Schädigung — meist noch kürzere Fristen: so Holland 773—775 40—120 Tage vor dem Eröffnungsantrage, Spanien 1024 flg. 14—30 Tage, Nord-Amerika 3—6 Monate. Weitere Fristen hat Dänemark nach Mot. 97[2] und (theilweise bis zu 10 Jahren) auch England und Rußland. Vgl. § 2 Nr. 5. 10.

[3] R.K.O. § 6 Abs. 3. Preuß. § 6.

[4] Strieth. 34[236].

gehenden Tages aus, zählt also das Stück des eigentlich entscheidenden Tages, welches selbst zu der Frist gehört, nicht mit. Und zwar berechnet es diese Frist demnächst rein kalendermäßig. Es gilt also derjenige Tag, der im Endmonat der Frist denselben Namen, d. h. dieselbe Zahl trägt wie der Tag der Konkurseröffnung, der Klagezustellung u. s. f. Dies auch für den speziellen Fall, daß das so ermittelte Ende der Frist der 28. Februar eines Schaltjahres ist und also der Anfang einer ein- oder zweijährigen Frist, der 28. Februar eines Nichtschaltjahres, den letzten Tag dieses Monats darstellt, insofern also dem 29. Februar des Schaltjahrs entsprechen würde[5]. Fehlt der entsprechende Tag im Endmonat, so tritt an seine Stelle der letzte Tag dieses Monats[6].

Ob der letzte volle Tag der Frist, also namentlich der der Konkurseröffnung vorausgehende Tag ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist, kommt für die Dauer der Frist nicht in Betracht. Effektiv kann dadurch allerdings die Jahresfrist um mehrere Tage verkürzt werden, und etwa die am 25. Dezember 1880 vorgenommene Schenkung um deswillen unanfechtbar sein, weil die Konkurseröffnung, die sachlich bereits am 25. Dezember 1881 hätte erfolgen können, der Feiertage wegen erst am 27. oder 28. Dezember 1881 stattfindet. Aber es ist gerade die Absicht der modernen Berechnung, daß sie auf kleine Differenzen dieser Art um der Bequemlichkeit des Rechnens willen keine Rücksicht nimmt[7].

Selbstverständlich ist endlich, daß die hier fraglichen Fristen nicht nach den Grundsätzen der Verjährung zu bemessen sind, und daß sie deshalb ohne Rücksicht auf die Möglichkeit einer Ausübung des Anfechtungsrechtes oder der Vorbereitung desselben durch Betreiben der Konkurseröffnung ihren Lauf nehmen[8].

3. Beginn der Frist. Der maßgebende Zeitpunkt für die Berechnung der Fristen ist außerhalb des Konkurses die Rechtshängigkeit des An-

---

[5] Auch hier ist der Zahlenname des Tages entscheidend, und die entgegenstehende Auffassung des gemeinen Rechts insoweit beseitigt. Petersen 176, A. M. Völderndorff I. 364.

[6] Daß diese Berechnung dem Reichsrecht entspricht, kann nicht zweifelhaft sein. S. H.G.B. Art. 238, Z.P.O. § 199 flg., St.P.O. § 43, R.K.O. § 65, sogar St.G.B. § 19. Hierüber ist denn auch kein Streit. S. Fitting 145[5], Völderndorff I. 281[47].

[7] H.G.B. Art. 329. Abweichend allerdings W.O. Art. 92, Z.P.O. § 201, St.P.O. § 43. Diese Behandlung erklärt sich aber nur durch die Kürze der Fristen, die dort in Frage kommen und ist durch R.K.O. § 65, wo nur das Verfahren geregelt werden soll, auf das Anfechtungsrecht nicht übertragen. Wilmowski 167, Otto 193. Anders Sarwey (Aufl. 1) 136. 158, Meißner 126.

[8] Entsch. 62[346], Strieth. 99[126].

fechtungsanspruchs[9], d. h. der Tag, an welchem der Gläubiger sein Anfechtungsrecht dem Anfechtungsschuldner gegenüber rechtshängig macht[10]. Dies ist der Regel nach der Tag, an welchem die Anfechtungsklage zugestellt wird. Wird die Anfechtung jedoch durch Widerklage oder Einrede geltend gemacht, so ist der Tag der ersten mündlichen Verhandlung entscheidend, in welcher Widerklage oder Einrede[11] zum Vortrage kommen. Treten materielle Voraussetzungen der Anfechtung, namentlich Fälligkeit und Vollstreckbarkeit der Hauptforderung erst im Laufe des Prozesses ein, so ist analog die Frist von derjenigen mündlichen Verhandlung ab zurückzurechnen, in welcher der nachträgliche Eintritt dieser Voraussetzung zuerst vorgetragen wird. Wird nach Rücknahme oder Abweisung einer Anfechtungsklage dieselbe wiederholt, so wird die Frist von der Zustellung der neuen Klage ab gerechnet.

Für die konkursmäßige Anfechtung ist der entscheidende Moment die Eröffnung des Verfahrens, d. h. nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes die Eröffnung des eigentlichen Konkurses, nicht etwa schon der Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbotes[12].

4. Tod des Schuldners. Die Anfechtung ist noch einer weiteren von den eben behandelten Fristen sehr verschiedenen zeitlichen Begrenzung unterworfen. Schon das römische Recht stellt nämlich den Satz auf, daß das Anfechtungsrecht erlischt, wenn das durch den anfechtbaren Akt zunächst betroffene Vermögen mit dem Tode des Schuldners und der dadurch verursachten Verschmelzung mit dem Vermögen des Erben zu existiren aufhört[13]. Dieser Satz gilt auch für das moderne Recht. Denn nachdem einmal beide Vermögensmassen verschmolzen sind, läßt sich zwischen den Nachlaßgläubigern und den älteren persönlichen Gläubigern des Erben nicht mehr scheiden, und es bleibt also nur die Wahl, den beiden Gläubigergruppen oder keiner von beiden das Anfechtungsrecht zu geben. Demgemäß wird aber das An-

---

9 A.G. § 3. 4. Ueber eine spezielle Komplikation (Zustellung der Klage an einen nicht bevollmächtigten Anwalt) R.G. 9[66].

10 Z.P.O. § 235. 254. Preußen 1835 datirte vom Erlaß des Exekutionsmandats, Preußen 1855 von „Anbringung" der Anfechtungsklage.

11 Z.P.O. § 254. A. M. Wilmowski zu A.G. § 3[2], der eine Rechtshängigkeit überhaupt nur an die Erhebung der Klage oder Widerklage knüpft. Alsdann wäre aber die Anfechtung durch Einrede fast ganz nutzlos, weil die Anfechtungsfrist meist noch während des Prozesses ablaufen würde, und das Endurtheil wenigstens in zweiter Instanz die Einrede als durch Fristablauf verwirkt verwerfen müßte. Das Gesetz, welches im § 5 die Anfechtung durch Einrede so nachdrücklich erwähnt, kann dies nicht gewollt haben und hat also, wenn eine eigentliche Rechtshängigkeit als Folge einer Einrede nicht zuzulassen ist, das Wort Rechtshängigkeit überhaupt nicht technisch gebraucht.

12 K.O. § 24. 25. 94. 98.

13 L. 10 § 9 D. h. t.

fechtungsrecht ganz zu verneinen sein. Denn es erscheint undenkbar, daß die Gläubiger des Erben auf die ihm anfallende Erbschaft größere Rechte haben sollen, als der Erbe selbst, daß sie also Vermögensstücke mit in die Nachlaßmasse ziehen dürften, welche zurückzufordern dem Erben selbst versagt ist[14].

Von diesem Satze giebt es nun zwei wichtige Ausnahmen, für die Fälle nämlich, in denen der für den Ausschluß der Anfechtung maßgebende Grund fortfällt, in denen also eine vollständige Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben nicht eintritt. Dies ist erstlich der Fall, wenn in Ermangelung eines vorbehaltlosen Erben über den Nachlaß als solchen Konkurs eröffnet wird, und zweitens, wenn über den Nachlaß des vorbehaltlosen Erben Konkurs eröffnet, seitens der Nachlaßgläubiger jedoch das landesgesetzliche Absonderungsrecht geltend gemacht wird.

Und zwar ist in dem erstgenannten Falle zweifellos das konkursmäßige Anfechtungsrecht anwendbar; dagegen können die Nachlaßgläubiger als Separatisten auf das Anfechtungsrecht im Konkurse keinen Anspruch erheben, da dieses nur zu Gunsten der Konkursgläubiger wirksam ist, also von Absonderungsberechtigten nicht in Anwendung gebracht werden kann. Es tritt hier also mit aller Schärfe zu Tage, daß es keineswegs unbedenklich war, als die Reichskonkursordnung den Partikularkonkurs über die Forderungen der Nachlaßseparatisten aufgehoben hat[15]. So ist allerdings der Erbe im Stande, durch willkürlichen Verzicht auf die Rechtswohlthat des Inventars die Anfechtungsbefugniß der Nachlaßgläubiger erheblich zu beschränken[16].

5. Eine Fristverlängerung findet nur in einem Falle statt[17]. Das Gesetz hat nämlich erwogen, daß außerhalb des Konkurses der Gläubiger vielfach nicht im Stande sein wird, binnen der kurzen ein- oder zweijährigen Anfechtungsfrist für seine Forderung einen vollstreckbaren Titel zu beschaffen. Mit Rücksicht hierauf giebt ihm das Gesetz, falls er einen vollstreckbaren Titel noch nicht erlangt hat[18], das Recht, die Anfechtungsfrist durch einen vorläufigen Akt, die bloße Ankündigung der Anfechtung, zu wahren, vorausgesetzt, daß der Anfechtungsanspruch innerhalb zweier Jahre von dieser An-

---

[14] Korn 163.

[15] Bei dem Preußen § 256 flg. es ganz richtig belassen hatte.

[16] Wenn z. B. der Schuldner, der seine Person dem drohenden Konkurse durch Selbstmord entziehen will, vorher noch einige ihm besonders peinliche Verbindlichkeiten erfüllt, so ist es sehr wichtig, ob § 23¹ K.O. anwendbar ist oder nicht. Im Resultat übereinstimmend Otto 146.

[17] Vgl. für das Folgende die sehr sachgemäße und eingehende Erörterung bei Jäckel 132 flg. Aehnliche Vorschriften hatte schon Preußen 35 § 7 und 55 § 6.

[18] Wer diesen Titel schon besitzt, hat kein Recht auf Fristverlängerung. Entsch. 62³⁴⁶.

kündigung ab rechtshängig wird. Ein ganz analoges Recht steht auch demjenigen Gläubiger zu, dessen Forderung noch nicht fällig ist[19]. Zur Zeit der Ankündigung müssen die Voraussetzungen der Anfechtung vorgelegen haben, soweit sie nicht mit der formellen Aktivlegitimation des Gläubigers zusammenhängen. Nur braucht nicht gerade festzustehen, daß schon zur Zeit jener Ankündigung die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht geführt haben würde, sondern es genügt, daß der Schuldner sich damals bereits im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befand[20]. Auf den Grund, welcher den Gläubiger an der Erlangung eines vollstreckbaren Titels behindert hat, kommt es nicht an, und selbst eine unmotivirte Säumniß schadet ihm nichts. Namentlich steht ihm nicht entgegen, daß er bereits einen gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Schuldtitel besitzt, so lange er die geforderte Sicherheit nicht bestellt hat. Umgekehrt muß es aber bei der einmaligen Verlängerung der Frist bewenden, auch wenn der Gläubiger demnächst gar nicht in der Lage ist, sich den vollstreckbaren Titel auch in der so verlängerten Frist zu beschaffen. Selbst eine dolose Verzögerung des Vorprozesses, welche der Schuldner und an seiner Seite der als Intervenient auftretende Anfechtungsgegner zu veranlassen wissen, ändert an der ein für alle Mal auf zwei Jahre fixirten Frist nichts[21].

Die Ankündigung selbst ist formlos, und muß nur eine Bezeichnung des anzufechtenden Akts, der Person des Gläubigers, des Gegners und des Schuldners und endlich eine bestimmte Erklärung der Anfechtungsabsicht enthalten. Die Bezeichnung der Forderung des Gläubigers und ebenso eine Angabe, in welchem Umfange die Anfechtung erfolgen werde, ist nicht vorgeschrieben und also auch nicht erforderlich[22]. Auch braucht die Ankündigung der Anfechtung nicht gerade den Zweck der Fristverlängerung

---

19 Also wohl auch demjenigen, der eine suspensiv bedingte Forderung hat. Jäckel 133.

20 Also daß ihm die Baarmittel zur Befriedigung der Gläubiger fehlen. Anders der oben § 11 Nr. 1 entwickelte Begriff.

21 Diese Beschränkung, welche den preußischen Gesetzen fremd war, ist höchst bedenklich; die Anfechtung ist z. B. für alle die Raten einer Alimentenforderung so gut wie unanwendbar, welche drei Jahre nach dem anzufechtenden Rechtsakte fällig werden. Jäckel 137[18]. Jedenfalls wird man vergebens nach einem Grunde suchen, warum die zweijährige Frist von der Ankündigung ab gerechnet wird, und nicht vielmehr einfach eine Verlängerung um zwei Jahre beliebt ist. Man wird dem Gläubiger aber das Recht nicht versagen dürfen, die Ankündigung der Fristverlängerung wegen zu wiederholen und dann die Frist von der letzten rechtzeitigen Ankündigung rechnen.

22 A. M. Jäckel 134, Hartmann zu § 4[3].

verfolgt zu haben, sondern es genügt auch eine später zurückgenommene[23] oder zur Zeit abgewiesene Anfechtungsklage[24].

Die Ankündigung muß dem Gegner „zugestellt" sein. Es muß also eine förmliche Mittheilung des bezüglichen Schriftsatzes stattgefunden haben. Wie diese zu erfolgen hat, wer empfangsberechtigt ist u. s. f., bestimmt sich aber nicht etwa aus der Zivilprozeßordnung, da es sich hier gar nicht um eine Prozeßmaßregel handelt, sondern es entscheiden die partikulären Vorschriften über förmliche Mittheilung juristischer Schriftstücke außerhalb des Prozesses[25].

6. Beziehung der Frist auf den anzufechtenden Akt. Diese betrifft die Zeit der Vornahme des anfechtbaren Akts. Es genügt also in denjenigen Fällen, in welchen das Gesetz eine Parteihandlung erfordert, nicht, daß deren Wirkung, also namentlich die auf Grund der Parteihandlung erlassene richterliche Verfügung — Arrest, Judikat, Eintragung im Grundbuche — in die Frist fällt, vielmehr muß der Parteiakt: — die Kontumaz im Prozesse, die Bewilligung der Eintragung im Grundbuche — in der Frist vollzogen sein[26]. Ebenso genügt es nicht, daß eine Parteiberedung innerhalb der Frist von einer Bedingung befreit wird, wenn sie selber vor die Frist fällt[27]. Beides natürlich unter der Voraussetzung, daß nicht der richterliche Akt oder die Erfüllung der Bedingung als solche selbständig anfechtbar sind.

Als Zeit der Vornahme der Handlung gilt der Moment, in dem die letzte wesentliche Thätigkeit desjenigen[28] stattfindet, der bei der Handlung nach den Vorschriften des Anfechtungsrechts aktiv betheiligt gewesen sein muß. Setzt das Anfechtungsrecht also nur eine Handlung des Schuldners voraus, wie bei den unentgeltlichen Verfügungen, so muß eben diese Ver-

---

[23] Z.P.O. § 243 Abs. 3 steht nicht entgegen, sondern bezieht sich nur auf die Wirkungen der eigentlichen Rechtshängigkeit.

[24] Jäckel 135. Die von ihm zitirte Entscheidung, Strieth. 91[2], gehört freilich nicht hierher.

[25] A. M. Jäckel 135, Hartmann zu § 4[3]. Vgl. Preuß. A.G. zur Z.P.O. § 1.

[26] Dagegen hat Reichsgericht 9[70] bei der Anfechtung einer Hypothekenzession aus A.G. § 3[3] die Frist erst von der Eintragung im Grundbuch datirt. In Frankreich ist die Frage bestritten. Sirey-Gilbert, c. de c. annoté art. 448 nr. 14, Dalloz, répert. 24 nr. 279. Vgl. noch unten § 62 Note 5.

[27] Anders Wienstein bei Gruchot 16[145] flg.

[28] Andere lassen es genügen, wenn nur irgend eine zur Perfektion des streitigen Geschäfts wesentliche Handlung in die Frist fällt, wenn schon vom Standpunkt des Anfechtungsrechts auf diese Handlung nichts ankommt. So soll es z. B. für die Anfechtung einer Schenkung genügen, wenn nur die Annahmeerklärung des Beschenkten bei dem Kridar innerhalb der kritischen Frist eingeht. Dalloz, rép. 24 nr. 279, Boulay-Paty, des faillites et banquer. 43, Alauzet, c. de c. VI nr. 2501.

fügung, nicht aber blos die Annahmeerklärung des Gegners, in die Frist fallen. Ist dagegen eine gemeinsame Handlung beider nöthig, wie bei den Verträgen unter Verwandten, so genügt es nur, wenn eine wesentliche Willenserklärung jedes von ihnen der Fristbestimmung entspricht. Auf Handlungen Dritter endlich, etwa auf die Genehmigungserklärung des Vormundschaftsgerichts, kommt es nur insoweit an, als überhaupt eine Handlung dieser Art selbständig anfechtbar ist.

7. Mala fides superveniens. Wo das Gesetz ein bestimmtes subjektives Verhalten des Schuldners oder des Gegners zur Voraussetzung der Anfechtung macht, muß dasselbe regelmäßig zu der Zeit vorhanden gewesen sein, wo der anzufechtende Rechtsakt vorgenommen ist. Ist jedoch nur eine bestimmte Kenntniß auf Seite des Gegners erforderlich, so genügt es auch, wenn diese später eingetreten ist, zu der Zeit nämlich, wo der Gegner von der streitigen Zuwendung selbst Kenntniß bekommen hat[29]. Ist also eine Erbschaftsentsagung oder die Eintragung einer Hypothek Gegenstand der Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz, so braucht der Gegner die Zahlungseinstellung des Schuldners erst in dem Moment gekannt zu haben, in welchem er von diesen Akten Mittheilung erhalten hat. Denn zu einer früheren Zeit wäre seine Kenntniß praktisch ohne jede Bedeutung gewesen. Eine spätere Kenntniß ist dagegen zur Anfechtung nicht genügend.

8. Der Beweis, daß der angefochtene Rechtsakt in die gesetzliche Frist fällt, ist vom Anfechtungsgläubiger zu führen[30].

Kapitel neun.

Anwendbarkeit des Reichsrechts.

§ 21.

1. Zeitlich sind die Reichsgesetze nur dann anwendbar, wenn der Anfechtungsanspruch nach dem 30. September 1879 rechtshängig, beziehentlich der Konkurs nach diesem Zeitpunkte eröffnet worden ist; andernfalls bewendet es bei dem früheren Rechte, gleichgiltig, ob dies härter oder milder ist als das gegenwärtige. Wenn indeß der anzufechtende Rechtsakt vor dem 1. Oktober 1879 vorgenommen und nach dem bisherigen Rechte der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen ist, so ist

---

[29] Für einen einzelnen Fall übereinstimmend Stieglitz 149. Anders Goldschmidt, Ztsch. 9407.

[30] Preußen 35 § 8 hatte in sehr praktischer Weise dem Gegner den Beweis der Negative auferlegt.

dies ältere Recht auch in einem an sich der neuen Gesetzgebung unterworfenen Anfechtungsstreit anzuwenden [1].

2. Räumlich sind die Reichsgesetze nur anwendbar, wenn der Schuldner zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Aktes seinen Wohnsitz im Deutschen Reich gehabt hat [2]. Denn es ist für die Anfechtung dasjenige Gesetz entscheidend, welches zu der bezeichneten Zeit am Wohnsitz des Schuldners galt.

Freilich wird sich, in Ermangelung jeder bezüglichen Bestimmung des Gesetzes und da bei der Singularität der Anfechtungsobligation die Analogie aus den übrigen Rechtsinstituten so gut wie ganz versagt, für diesen wichtigen Grundsatz ein zweifelsfreier Beweis nicht finden lassen. Man erwäge indeß, daß das Anfechtungsrecht ganz wesentlich, zwar nicht auf einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Schuldners, aber doch auf einer persönlichen Gebundenheit desselben oder besser auf einer Gebundenheit seines gesammten Vermögens zu Gunsten seiner Gläubiger beruht. Für diese Gebundenheit ist aber der Wohnsitz des Schuldners als der Ort, an dem sein Vermögen als ein Ganzes seinen Sitz hat, bestimmend. Hier haben die Interessen ihre örtliche Beziehung, welche das Gesetz schützen will, und nur das an diesem Ort geltende Recht hat Anlaß dazu, Postulate für den Verkehr mit dem Schuldner aufzustellen und an die Nichterfüllung der Postulate die Gefahr der Anfechtung zu knüpfen.

Der Wohnsitz des Schuldners ist also entscheidend, und es kommt deshalb auf den Ort des Geschäftsabschlusses und der Geschäftserfüllung nicht an. Ein Geschäft, welches ein inländischer Schuldner persönlich oder durch seine Agenten im Auslande mit Ausländern abschließt, ist um deswillen der Anfechtung nicht entzogen, und umgekehrt ist ein im Inlande von einem ausländischen Schuldner geschlossenes Geschäft selbst dann nach Reichsrecht nicht anfechtbar, wenn später über ihn in Deutschland Konkurs eröffnet wird [3].

Dementgegen wird vielfach behauptet, es müsse, da die anfechtbare Handlung, von der Schenkung abgesehen, ein Delikt sei, nach allgemeinen Grundsätzen auch das Recht des Ortes zur Anwendung kommen, an welchem jene Handlung vorgenommen sei [4.5]. Daß diese Auffassung mit der Dolus-

---

[1] A.G. § 14, E.G. z. K.O. § 9. Uebereinstimmend früher Strieth. 29[95], Entsch. 38[102]. Anders das englische Recht, welches z. B. die act of bankr. von 1869 auch auf Handlungen anwendet, welche vor 1869 in unanfechtbarer Weise geschlossen waren. Robson, treatise on the law of bankr. 516, Williams, the law and practice of bankruptcy 265.

[2] Ueber diese Frage vgl. West, Arch. f. ziv. Prax. 60[358] flg.

[3] So Strieth. 79[122].

[4] So Seuff. 25[115], R.O.H.G. 17[292] (betrifft sächsisches Recht), Wilmowski 152, Otto 200 flg. Das sächsische Recht führt hier übrigens zu einem abweichenden Ergebniß. Kranichfeld 34.

[5] Vom Deliktsstandpunkt aus kommen übrigens West a. a. O. u. Francke, Arch.

theorie steht und fällt, liegt auf der Hand, und sie bedarf deshalb an dieser Stelle eine besondere Widerlegung nicht. Nur zeigt auch diese Konsequenz wiederum, wie sehr jene Theorie den praktischen Zwecken der Anfechtung entgegenläuft. In der That wäre nichts leichter, als die Vornahme eines fraudulosen Rechtsakts ins Ausland zu verlegen und dadurch der Anfechtung mehr oder minder zu entziehen. Dazu fehlt es auch an jedem inneren Zusammenhang zwischen den Rechtsverhältnissen und den praktischen Interessen, welche bei der Anfechtung betheiligt sind, einerseits und dem Orte andererseits, an welchem rein äußerlich und zufällig der anfechtbare Akt zu Stande gekommen ist.

Daneben ist noch eine dritte Ansicht aufgestellt: Die Anfechtung sei eine Exekutionsmaßregel und deshalb für sie das Recht des Ortes entscheidend, wo die Anfechtung erfolgen solle[6]; entscheidend sei also der Ort, wo zur Zeit der Anfechtung sich der Anfechtungsgegenstand befinde oder, falls dieser keine dauernde örtliche Beziehung habe, wo das Vermögen, zu dem der Gegenstand gehört, als ein Ganzes seinen Sitz habe, also das Domizil des Empfängers zur Zeit der Anfechtung. Nun ist aber diese Auffassung zunächst praktisch kaum durchführbar: jeder Wechsel in Betreff des Verbleibs der Sache oder in Betreff des Wohnorts des Empfängers veränderte ihr zufolge das anzuwendende Recht, und, obwohl das Interesse der Gläubiger wie das des Gegners unter einer derartigen Unsicherheit des Rechtsverhältnisses gleichmäßig leiden muß, könnte hiernach eine unanfechtbar erworbene Sache nachträglich der Anfechtung unterstellt, eine anfechtbar erworbene Sache dagegen dem Anspruch der Gläubiger wieder entzogen werden. Theoretisch läßt sich denn auch diese Auffassung nicht begründen. Die Anfechtung mag immerhin lediglich zur Befriedigung von Gläubigern bestimmt und deshalb als Exekutionsmaßregel zu betrachten sein. Sie unterscheidet sich aber von andern Maßregeln der Zwangsvollstreckung dadurch, daß sie nach Form und Inhalt auf einem besonderen materiellen Rechtsverhältniß, auf einer selbständigen, dauernden Obligation beruht. Deshalb darf hier auch nicht das Gesetz des Ortes, an dem die Anfechtung zufällig durchgeführt wird, sondern das die Obligation als dauerndes Rechtsverhältniß bestimmende Gesetz angewendet werden. Wollte man dies bestreiten,

---

s. ziv. Pr. 62[490] zu der von uns vertretenen Auffassung, indem sie das Gesetz entscheiden lassen, in dessen Rechtsgebiet das Delikt wirksam wird, und annehmen, die Wirkung, nämlich die Benachtheilung der Gläubiger, trete am Wohnsitz des Schuldners ein.

[6] So im Wesentlichen Bar, Internat. Privat- u. Strafrecht 495 und aus der Praxis Seuff. 27[1], Reichsgericht bei Wallmann, Ztsch. f. Preuß. Recht 641. Bei Hartmann 12 flg. bleibt es unklar, ob er den Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Anfechtung oder zur Zeit der Rechtshandlung meint.

so müßte man auch die Frage, in welcher Weise der Gläubiger sich aus dem Vermögen seines Bürgen befriedigen darf, und ob diesem das Recht der Vorausklage zusteht, nach dem zufälligen Orte der Zwangsvollstreckung oder dem jeweiligen Wohnsitz des Bürgen beantworten [7].

Wenn endlich viertens wenigstens für die Anfechtung von Schenkungen behauptet wird, es müsse der Wohnort des Anfechtungsgegners zur Zeit der Vornahme des Rechtsaktes entscheiden [8], so genügt es, hiergegen auf die Bevorzugung der ausländischen vor den inländischen Gläubigern hinzuweisen, welche die nothwendige und doch sicher nicht zu billigende Konsequenz dieser Auffassung sein würde. Daß der Wohnort des Verpflichteten für Fragen der Statutenkollision vielfach von Bedeutung ist, kann allerdings nicht bezweifelt werden. Aber diese seine Bedeutung — ebenso wie der Satz: „in dubio pro reo," mit welchem er nahe verwandt ist — tritt nur an letzter Stelle, wenn es an jedem andern für die Rechtsanwendung entscheidenden Momente fehlt, ein, und daß für die Anfechtung ein solches spezielles Moment vorhanden sei, ist oben gezeigt [9].

---

[7] Vgl. das Rechtshilfegesetz v. $^{21}/_{6}$. 1869 § 7 flg.

[8] R.O.H.G. 17^{292}.

[9] Ueber die Rechtsanwendung bezüglich des Rechtsnachfolgers vgl. § 54 Nr. 6.

Dritter Abschnitt.

Die speziellen Voraussetzungen der Anfechtung.

Kapitel eins.

Ueberblick.

§ 22.

1. Das Reichsgesetz hat ein wirklich durchgreifendes Prinzip für die Anfechtung nicht aufgestellt, hat es vielmehr bei der Kasuistik des älteren Rechtes bewenden lassen und nur die einzelnen Fälle möglichst prinzipiell zu gestalten gesucht. Dieselben sind bereits in der Einleitung aufgeführt; auch der Versuch einer bequemen Terminologie ist dort begründet. Die Reihenfolge der einzelnen Fälle, deren innerer Zusammenhang wie bei allen kasuistischen Bestimmungen nicht von prinzipieller Natur ist, kann verschieden gedacht werden. Das Konkursgesetz ordnet so, daß es diejenigen Fälle voranstellt, welche durch die besonderen Rechtsverhältnisse des Konkurses bedingt sind, daß es dann zwei weitere Gruppen folgen läßt, für welche die Absicht des Kridars seine Gläubiger zu schädigen als Klagegrund oder als Einwand von Bedeutung ist, und daß es endlich die beiden anderen Fälle — Schenkungen und Aenderungen des ehelichen Güterrechts — anreiht[1]; das Anfechtungsgesetz beobachtet für die vier seinem Gebiet angehörigen

---

[1] Diese Anordnung ist offenbar sehr willkürlich. Abg. Goldschmidt beantragte deshalb in der R.T.K., die Anfechtung wegen Betrugs voranzustellen; der Regierungskommissar replizirte darauf, die Reihenfolge des Entwurfs sei beizubehalten, um den Gegensatz gegen das römische Recht hervorzuheben. Wäre dieser Grund überhaupt durchgreifend, so hätte man konsequent mit der Anfechtung der Schenkungen anfangen und die Anfechtung des Betruges an das Ende stellen müssen. Vgl. Prot. 19.

Fälle eine analoge Reihenfolge. Andere Gesetze lassen die zeitliche Begrenzung der Anfechtung maßgebend sein[2]. Wir schließen uns aus äußerlichen Zweckmäßigkeitsgründen der Anordnung der Reichsgesetze an, nur daß wir sachgemäß die speziellsten, weil durch Eröffnung des Konkursverfahrens bedingten Fälle zuletzt zur Darstellung bringen.

2. Nach der Absicht der Reichsgesetzgebung sind die Fälle der Anfechtung, welche die Reichskonkursordnung und das Anfechtungsgesetz aufstellen, erschöpfend, und es findet neben ihnen weder auf Grund der Landes-, noch der älteren Reichsgesetzgebung eine Anfechtung zum Schutze der persönlichen Gläubiger statt[3]. Nur die Vorschrift des Handelsgesetzbuches bezüglich der Rückzahlung der Einlagen eines stillen Gesellschafters ist ausdrücklich aufrechterhalten, und deshalb unten besonders zu würdigen. Dagegen sind hier einige der Geschäfte, die jetzt im Gegensatz gegen das frühere Recht nicht mehr anfechtbar sind, speziell hervorzuheben.

a) Scheingeschäfte[4] brauchen allerdings nicht auf der Absicht zu beruhen, die Gläubiger des einen Kontrahenten zu benachtheiligen[5], sondern können z. B. einfach die Begünstigung des einen Gläubigers vor den andern enthalten. Dies steht aber ihrer allgemeinen Anfechtbarkeit auch aus dem Rechte der Gläubiger nicht entgegen. Denn, wer sich auf einen Scheinvertrag einläßt, spielt mit rechtlichen Formen. Nun sind diese nicht zum Spiel, sondern zu ernstlicher Anwendung gegeben. Es ist also nicht mehr als billig, daß der Schaden, welcher Dritten durch solch ein Spiel erwächst, von den simulirenden Kontrahenten ersetzt werden muß. Damit ist aber de lege ferenda die allgemeine Anfechtbarkeit der Scheingeschäfte auch aus dem Rechte der Gläubiger gerechtfertigt. De lege lata ist dagegen ein Scheingeschäft nur anfechtbar, wenn es unter eine der speziellen reichsrechtlichen Kategorieen der Anfechtung fällt. Außerhalb derselben können die Gläubiger sich nur auf das Recht des Schuldners stützen, auch seinerseits das simulirte Geschäft als nichtig zu behandeln. Zu diesem Zweck müssen sie sich, von dem Fall der Konkurseröffnung abgesehen, meist den Anspruch des Schuldners besonders überweisen lassen[6], und müssen im Allgemeinen den Gegner als gutgläubigen Besitzer gelten lassen[7].

---

[2] So Preußen, Bayern und noch Entwurf I. Es würde dann auf einander folgen §§ 23^1. 23^2. 25^1. 24^2. 25^2. 24^1.

[3] So der Reg.-Kommissar in der Reichstagskommission Prot. 20. R.G. 9^{147}.

[4] Besondere Anfechtung in Preußen K.O. § 103, Bayern § 1225.

[5] Mot. 131. Otto 27 erklärt deshalb die besondere Anfechtbarkeit der Scheingeschäfte für eine nicht zu billigende Verirrung.

[6] Dies wird von Meischeider bei Gruchot 26^{468} und auch zum Theil in der Praxis bezweifelt, weil die Reichsgesetze die Scheingeschäfte gar nicht erwähnen und also auch die Aktivlegitimation dessen, der ein Scheingeschäft anfechten will, nicht gegen das frühere Recht verändert haben können. Indeß handelt es sich dabei um eine

b) Verspätete Hypothekeintragung. Die Reichsgesetze machen mehrfach einen Unterschied zwischen der Bestellung einer Hypothek, auf welche der Gläubiger vorher durch Gesetz oder Vertrag ein festes Recht erworben hatte, und einer Hypothek, die der Schuldner dem Gläubiger freiwillig bestellt; und zwar werden die letzteren Hypotheken einer verschärften Anfechtung unterworfen[8]. Diese Unterscheidung ist praktisch gefährlich. Ein Titel zum Pfandrecht, welcher zunächst vom Gläubiger nicht benutzt wird, und der erst kurz vor der Zahlungseinstellung des Schuldners unter direkter Schädigung der anderen Gläubiger zur Durchführung kommt, ist vom Gesetz nicht zu begünstigen. Erst das wirkliche nach außen hin erkennbare Pfandrecht, nicht aber der leicht zu verheimlichende Titel zum Pfandrecht, hat nach heutigem Rechte Wirksamkeit gegen Dritte: deshalb brauchen es sich auch die Gläubiger eines insolventen Schuldners nicht gefallen zu lassen, daß einer von ihnen zum Schaden der anderen sich auf Grund solchen Titels ein Vorzugsrecht erwirbt. Der Gläubiger aber, dessen Titel zum Pfandrecht hierdurch seine Wirksamkeit einbüßt, hat den Verlust sich selbst zuzuschreiben, da es ja nur an ihm lag, rechtzeitig seinen Titel in ein wirkliches Pfandrecht zu verwandeln. Es ist deshalb nur zu billigen, daß das französische Recht dem Gläubiger die Pflicht auferlegt, seinen etwaigen Pfandrechtstitel und insbesondere die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek seitens des Schuldners binnen vierzehn Tagen zu realisiren, und daß bei Versäumniß dieser Frist die nachträgliche Begründung des Pfandrechts anfechtbar ist, sobald sie nach der Zahlungseinstellung oder doch nicht länger als zehn Tage vorher erfolgt[9]. Auch in Deutschland war man bei Abfassung der neuen Reichsgesetze der Aufnahme dieses Grundsatzes geneigt. Jedoch überwog die Meinung, dieser Grundsatz sei erst bei Regelung des gesammten Pfandrechts zu berücksichtigen[10]. Schwerlich konsequent: denn da das Pfandrecht, welches unter Versäumniß der kritischen vierzehn Tage realisirt wird, nicht allgemein für unwirksam erklärt werden, sondern nur speziell bei Insolvenz des Schuldners und nur gegenüber den anderen Gläubigern anfechtbar sein soll, so war die richtige Stelle für einen Rechtssatz der fraglichen Art gerade das Gesetz, welches das Anfechtungsrecht der Gläubiger regelt.

Bestimmung der Preußischen Gesetze ausschließlich zu Gunsten der Gläubiger eines insolventen Schuldners, und diese ist eben durch das Stillschweigen der Reichsgesetze aufgehoben.

[7] Vgl. oben § 14 zu Note 2.

[8] K.O. § 23². 25², A.G. § 3⁴. Ebenso früher Preußen K.O. § 101 Nr. 1, Italien 710 und mehrere andere Gesetze.

[9] Code de commerce 448 (vgl. dazu Alauzet, commentaire du c. de c. Band 6 Nr. 2535), Belgien 447, Chile 1377. Das spanische, portugiesische und italienische Gesetzbuch hat diese Vorschrift nicht.

[10] Mot. 128.

c) Leibrentenverträge sind für die Interessen der Gläubiger gefährlicher als irgend eine andere Rechtshandlung[11]. Denn während sie einerseits eine Entäußerung enthalten, der nur ein für die Gläubiger sehr schwer verwerthbares Entgelt gegenüber steht, so daß sie insofern einer unentgeltlichen Verfügung sehr nahe kommen, sind sie auf der anderen Seite für die Person des Schuldners von allergrößtem Vortheil, und deshalb der Anreiz, sein Vermögen auf Leibrenten wegzugeben, für ihn viel größer als etwa der Anreiz, eine erhebliche Schenkung vorzunehmen. Die Leibrentenverträge sind eben die am meisten egoistische Form der Vermögensverwendung, die es überhaupt giebt. Demgemäß war zwar auch hier keine Doluspräsumtion, wohl aber die Forderung an den Rentenverkäufer begründet, die Solvenz des Käufers genau zu prüfen, und ihm die Gefahr der Insolvenz desselben oder doch die Gefahr des Beweises der eigenen Sachunkenntniß mit bestimmter zeitlicher Begrenzung aufzuerlegen. Dazu kommt, daß die Rentenverkäufe gegenwärtig nicht mehr als Einzelgeschäfte, sondern von größeren Anstalten gewerbsmäßig betrieben werden, und sich deshalb die Chancen eines nachtheiligen durch die Chancen der vortheilhaften Einzelabschlüsse leicht ausgleichen lassen[12]. Wenn es aber wahr wäre, daß der Verkäufer nicht im Stande ist, neben den anderen ungünstigen Chancen auch diese neue Gefahr zu tragen oder ihr durch Herabsetzung des Rentensatzes zu begegnen, so würde das nur zeigen, daß ein ernstliches Bedürfniß für Leibrentenverträge nicht besteht, und ein indirektes Verbot derselben kein berechtigtes Interesse gefährdet.

d) Eine Veräußerung des gesammten Vermögens ist so auffälliger Natur, daß das Gesetz von dem Erwerber ohne Unbilligkeit verlangen kann, daß er dasselbe als prekär ansehe und die Gefahr der Anfechtung wegen späterer Insolvenz des Veräußernden mit übernehme. Findet sich unter dieser gesetzlichen Bedingung ein Käufer nicht, so wird dadurch schwerlich ein berechtigtes Interesse gefährdet. Dasselbe gilt theilweise von Geschäften, die eine Eigenthumsübertragung enthalten, dem Veräußerer aber den körperlichen Besitz der Sache lassen[13].

e) Immobiliargeschäfte[14] sind einestheils für die Interessen der

---

[11] Besondere Anfechtung nur nach Preuß. L.R. I. 11 § 640 und K.O. § 102. Anders ausdrücklich Oesterreich B.G.B. § 1286.

[12] Trotzdem leiten Mot. 136 und der Reg.-Kommissar in der R.T.K. gerade hieraus die Unanfechtbarkeit dieser Verträge ab. Ein entgegenstehender Antrag des Abg. Hullmann wurde indeß in der Kommission abgelehnt. Prot. 23.

[13] Besondere Anfechtung in Lübeck § 33, Bremen § 41 (Mot. 106²), 41 & 42 Vict. ch. 31. Mot. zum A.G. 17. Reichstagsplenarsitzung vom 28. April 1879, Drucks. 802.

[14] Besondere Anfechtung in Lübeck § 26 (Mot. 106²) und namentlich in Spanien 1039 flg. (a. Schenkungen, b. Angabe an Zahlungsstatt c. lästige Verträge

Gläubiger von besonderer Wichtigkeit, und anderntheils bedürfen sie der Natur der Sache nach eine Beschleunigung nicht in derselben Art wie Mobiliarverträge. Sie können deshalb eine bedingte Ungiltigkeit kurze Zeit unschwer ertragen; der Erwerber würde den Kaufpreis erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist zahlen, und der Besitzer eines Immobile, der sich diese Kaufbedingung gefallen lassen muß, würde sich von vornherein sagen, daß Grundstücke nicht sofort zu versilbern und der Kredit hienach zu bemessen sei. So ist die besondere Anfechtbarkeit der Immobiliargeschäfte wenigstens de lege ferenda einiger Erwägung werth [15].

Kapitel zwei.

Paulianische Anfechtung.

§ 23.

Anfechtbar ist jede Rechtshandlung, welche der Schuldner in der dem Andern bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen. K.O. § 24[1], A.G. § 3[1].

Der Schwerpunkt dieses Falles der Anfechtung liegt in der Person des Schuldners; er handelt, und der Gegner braucht nur duldend das Resultat der Handlung hinzunehmen; auf seine Absicht kommt es an, und der Gegner braucht nur diese ihm zunächst fremde Absicht zu kennen. Ueberall sind die Grundzüge der alten paulianischen Klage nicht zu verkennen.

Von der kritischen Absicht des Schuldners und der entsprechenden Kenntniß des Gegners ist bereits oben gehandelt [1]. Hier sind deshalb nur Einzelheiten hervorzuheben [2].

---

bezüglich von Immobilien, bienes raices) und Rußland 1932 flg. Bezüglich der Immobiliarschenkungen vgl. noch § 26 Note 1.

15 Genaueres bei Wilmowski 550, namentlich über die Anfechtung bei Gelegenheit von Subhastationen und unten § 63 Nr. 4.

1 Vgl. oben § 17 Nr. 3 und § 19 Nr. 2. Die Kenntniß der Absicht des Schuldners auch auf Seite des Gegners wird, abgesehen von unentgeltlichen Geschäften, verlangt in Holland 776, Portugal 1136 (provando-se fraude de qualquer das partes. Vgl. Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs I. 610¹) Italien cod. civile 1235 (la frode debe restare dal canto di ambidue i contraenti). Die andern Gesetze verlangen die Kenntniß des Gegners nicht ausdrücklich, und die Praxis schwankt. Vgl. Zachariä II. 263 Note, Strieth. 70[4], Tur 112.

2 Gruchot 16[922] verlangt genaue Kenntniß auch der speziellen Richtung, welche der Dolus des Schuldners einnahm, — eine recht unmotivirte Erschwerung der Anfechtung.

1. Eine thätige Betheiligung des Gegners an der anzufechtenden Rechtshandlung ist entbehrlich und ebenso ein selbständiger Dolus auf seiner Seite nicht erforderlich. Deshalb findet die Anfechtung selbst dann statt, wenn der Gegner positiv überzeugt war, die Handlung sei den Gläubigern objektiv nicht nachtheilig, ja sogar, wenn er selbst die Absicht hatte, auf die Vorschläge des Schuldners nur zum Scheine einzugehen, und damit die Interessen der Gläubiger wirksamer zu wahren gedachte, als durch einfache Ablehnung des schuldnerischen Anerbietens. Auf der andern Seite genügt sogar sein selbständiger Dolus nicht, wenn ihm nicht ein Dolus des Schuldners zur Seite steht. Die Anfechtung fällt sogar dann fort, wenn der Gegner sich nur im Irrthume über die Intentionen des Schuldners befunden hat, sei es, daß er ihn für gutgläubig hielt, während er thatsächlich sehr dolos verfuhr, sei es, daß er ihn umgekehrt für schlechtgläubig erachtete, während er thatsächlich völlig frei von Dolus war.

2. Eine zeitliche Begrenzung der paulianischen Anfechtung ist nicht angeordnet, und dieselbe umfaßt deshalb auch Handlungen, die der Zahlungseinstellung des Schuldners um Jahrzehnte vorausgehen[3]. Das ist auffallend genug und dürfte im Bereiche des Zivilrechts einzig dastehen[4]. Bei einem Wechsel in den Vermögensverhältnissen des Schuldners wird auch der Gegner mit gutem Grunde die Gefahr der Anfechtung für völlig beseitigt ansehen können und mit der Möglichkeit nicht mehr rechnen, die Zuwendung des zur Zeit durchaus solventen Schuldners könne nach langen Jahren ihm entzogen werden. Daß die Anfechtung trotzdem noch zulässig ist, erscheint in einem Falle dieser Art von unbilliger Härte.

3. Objektiv sind der paulianischen Anfechtung nur die allgemeinen Grenzen gesetzt. Namentlich sind die „Rechtshandlungen" in ihrem vollen Umfange der Anfechtung unterworfen[5], und diese also nicht blos auf Verträge oder eigentliche Rechtsgeschäfte beschränkt. Sodann darf dem Dolus

---

[3] Nur der Tod des Schuldners setzt der Anfechtung eine Frist. Vgl. oben § 20 Nr. 4.

[4] Die meisten Gesetze stimmen überein: code civil 1167, Italien 708 (c. civile 1235), Belgien 448, Portugal 1136 (ausdrücklich feitos em qualquer epocha), Brasilien 828, Niederlande 776, und auch in Deutschland Preußen 103, Bayern 1225, endlich auch das ältere englische Recht, nach 13 Eliz. c. 15 (Williams, 264) und Rußl., sak. grash. 1529. Dagegen haben Fristen Spanien 1042 (vier Jahre), Nordamerika s. 35 (6 Monate), in gewissem Sinne das neuere englische Recht (2—10 Jahre), endlich auch das römische Recht, insofern es die Identität des geschädigten und des anfechtenden Gläubigers wenigstens der Regel nach verlangt.

[5] Noch Entwurf I zu K.O. § 24[1] sagte: „Rechtsgeschäfte, welche der Gemeinschuldner u. s. f." Der Ausdruck „Rechtshandlung" wurde erst auf Antrag des Abg. Frankenburger in der R.T.K. angenommen. Prot. 23.

des Schuldners der thatsächliche Erfolg nicht fehlen[6]. Nicht nur also, daß die Handlung des Schuldners überhaupt die Gläubiger faktisch geschädigt haben muß, ein Erforderniß, welches schon so wie so aus den allgemeinen Bedingungen der Anfechtung folgt, sondern es genügt auch nicht, wenn ganz zufällig in einer von den Absichten des Schuldners durchaus abliegenden Richtung die Handlung desselben im Resultat sich als nachtheilig erweist, da auch in diesem Falle seine Absicht eine erfolglose geblieben ist. Man nehme etwa an, daß er seinem Buchhalter zwei Wechsel übergiebt, den einen zur Protesterhebung und den andern zur Rückgabe ohne Zahlung, und der Buchhalter nun irrthümlich den letzten Wechsel protestiren, den ersten aber verfallen läßt. Darüber hinaus ist aber eine genaue Uebereinstimmung zwischen Absicht und Erfolg nicht zu verlangen. Man halte fest, daß die Benachtheiligung der Gläubiger an sich schon durch die Fortgabe von Exekutionsmitteln vollzogen ist, und die Frage, inwieweit diese Benachtheiligung durch ein Entgelt ausgeglichen wird, immer nur sekundär in Betracht kommt. Wenn also der Schuldner zu angemessenem Preise verkauft, in der Absicht, den Kaufpreis seinen Gläubigern zu entziehen, so besteht die Verkürzung der Gläubiger nicht in dem späteren Verschleudern des Preises, sondern bereits in dem Akte der Veräußerung gegen ein der Verschleuderung leicht ausgesetztes Entgelt, und es reicht deshalb für die Anfechtung zu, wenn sich Absicht und Erfolg auch nur bezüglich dieses letzteren Umstandes decken. Die Anfechtung ist also nicht ausgeschlossen, wenn der Bevollmächtigte des Schuldners, noch ehe dieser dazu kommt, den Kaufpreis vor den Gläubigern sicher zu stellen, denselben seinerseits unterschlägt. Ebenso bleibt die Anfechtung zulässig, wenn ein insolventer Schuldner ein sicher angelegtes Kapital gegen ein seiner Ehefrau gehöriges Bergwerk hingiebt, welches beide Ehegatten für minderwerthig halten, und sich demnächst herausstellt, daß das Bergwerk erst nach Geschäftsabschluß und Uebergabe durch einen Grubenbrand entwerthet worden ist, zur Zeit des Kaufes aber dem gezahlten Preise an Werth voll entsprach.

4. Zahlungen des Schuldners auf seine Verbindlichkeiten sind nicht anfechtbar. Denn da sie einen Gläubiger begünstigen, stellen sie um deswillen keine Benachtheiligung „seiner Gläubiger" dar[7]. In der Hauptsache entspricht dies bekanntlich dem römischen Recht, indeß ist für letzteres, welches auch eine fraudatio ceterorum creditorum[8] für einen ausreichenden Grund zur Anfechtung erachtete, eine andere, für das heutige Recht nicht mehr zutreffende Erwägung entscheidend, die Erwägung nämlich, daß es einem wachsamen Gläubiger nicht zu verargen sei, wenn er zum

---

[6] Grützmann 127.

[7] Vgl. oben § 17 Nr. 4.

[8] L. 22 D. h. t. „in fraudem ceterorum creditorum".

Nachtheile anderer Gläubiger sich für seine Forderung Befriedigung verschafft[9]. Diese Verschiedenheit der Grundauffassung führt zu mannigfacher Verschiedenheit in praktischen Einzelfragen.

a) Die Erfüllung klagloser Verbindlichkeiten ist nach heutigem Recht anfechtbar, denn der Empfänger derselben ist nicht „Gläubiger“ im Sinne des Gesetzes, und die Erfüllung also nicht Begünstigung eines Gläubigers, sondern „Benachtheiligung der Gläubiger“ [10]. Das römische Recht versagt dagegen die Anfechtung, weil den Schuldner bei dieser Handlung keine Arglist trifft, und also das Moment der Rechtswidrigkeit nicht gegeben ist[11].

b) Die Pfandbestellung und analog auch die Angabe an Zahlungsstatt ist für uns lediglich eine Begünstigung eines Gläubigers und geradezu ein Hauptfall der in den Reichsgesetzen besonders normirten Anfechtung der Gratifikationen. Deshalb findet die paulianische Anfechtung in ihrer modernen Umgestaltung auf dieselbe keine Anwendung[12]. Die paulianische Klage des römischen Rechts fand dagegen in der Annahme einer Begünstigung dieser Art ein rechtswidriges Verhalten des Gläubigers und ließ deshalb die Anfechtung zu[13].

c) Die Zahlung vor Eintritt der Fälligkeit ist anfechtbar in Höhe des Interusuriums, weil der Gläubiger den Vortheil des Zwischenzinses überhaupt nicht zu beanspruchen hat und insoweit also eine reine Bereicherung, nicht die Befriedigung einer Forderung erhält[14]. Im Uebrigen ist dagegen die Zahlung nur eine hier nicht anfechtbare Gratifikation. Damit stimmt auch das römische Recht[15] überein, von dessen Standpunkt aus schwerlich ganz konsequent[16].

---

[9] L. 6 § 7 D. h. t.: „qui debitam pecuniam recepit, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit l. 24. i. f. eod. Daß diese Erwägung für das heutige Recht nicht mehr zutrifft, ist oben § 17 Nr. 4 dargelegt.

[10] Jäckel 60. A. M. Korn 113.

[11] L. 19. 20 D. h. t. in sehr umfassender und bestimmter Weise; Seuff. 27[194], Vangerow § 697. III, Windscheid § 463[34], Reinhart 122, Sintenis II. 746[26]. A. M. Francke, Arch. f. civ. Prax. 16[269].

[12] Jäckel 60, Korn 114, Strieth. 9[150]. Anders Grützmann 140 und jetzt Reichsgericht 9[100]. Vgl. noch unten § 25[4].

[13] „Si in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur“ l. 10 § 13, l. 22 D. h. t. Windscheid § 463[33], Schönemann 26 flg., Seuff. 12[228]. 18[202]. 30[203], Zelle, Entsch. 5[43], R.O.H.G. 14[279]. 15[43]. Anders Brinz 531, Reinhart 125, Seuff. 6[125]. [305].

[14] Jäckel 58, Korn 114. Daran ändert auch wohl L.R. I. 16 § 168 nichts.

[15] „Si cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, . . . in eo, quod sensi commodum in repraesentatione . . actioni locum fore“ l. 10 § 12 D. h. t. Seuff. 4[275], Windscheid § 463[35], Mankiewicz 48 flg., Schönemann 23. So auch Sachsen 1512. A. M. Francke, Arch. a. a. O. 266 flg.

[16] Francke a. a. O. Die ganze Zahlung ist anfechtbar z. B. in Bremen § 33.

d) Die Bevorzugung eines Gläubigers kann dadurch einen besonders dolosen Charakter erhalten, daß ältere Gläubiger mit Prozessen hingehalten werden, bis die Forderungen jüngerer Gläubiger fällig werden, oder der bevorzugte Gläubiger besondere Gegendienste versprechen muß.

Für das Reichsrecht kommt auch in diesem Falle nur die Anfechtung vom Standpunkt der Gratifikation aus in Frage[17]. Das römische Recht nahm hier dagegen eine fraudatio creditorum an[18]. Nur dann tritt natürlich die Anfechtbarkeit auch nach dem Reichsrechte ein, wenn der Gläubiger die ihm gemachte Zuwendung gar nicht als Zahlung auf seine Forderung erhält, oder wenn die Zahlung und namentlich die Hingabe an Zahlungsstatt den Betrag der Forderung der Absicht der Betheiligten gemäß übersteigt[19]. Denn hier geschieht die Leistung nicht an den Gläubiger als solchen[20].

---

[17] So auch sächs. Gesetz-B. 1512. Dagegen differirt die herrschende Meinung und nimmt gerade umgekehrt für das Reichsgesetz die Anfechtbarkeit solcher Zahlungen an. Der Ausdruck ist dabei vielfach so allgemein, daß sogar die Deutung nicht ausgeschlossen ist, als sei überhaupt jede absichtliche und bewußte Begünstigung eines Gläubigers zur Anfechtung ausreichend. Mot. 131, Wilmowski 166, Sarwey 1. Aufl. 143, Stieglitz 146 f., Hartmann 40, früher auch Meischeider bei Gruchot IV. 347. 352, Beisert 37. Dagegen Jäckel 55 flg., Korn 110 flg., Eck in Goldschmidt's Ztsch. 29[302]; ebenso Württemb. (1839) § 24. Bremen 37, Lübeck 30.

[18] Diese Auffassung ist für das römische Recht nicht die allgemeine und zuletzt von Lasperyres S. 35 flg. vertreten. Es mag immerhin sein, daß Laspeyres im Einzelnen zu weit geht, und daß auch ein Theil der Quellenstellen, auf die er sich stützt, etwa l. 6 § 2 D. 42, 5, wenig beweisend sind. Dafür wird aber die unbefangene Auslegung auch der angeblich entgegenstehenden Stellen, etwa von l. 6 § 6 D. h. t. ergeben, daß die Anfechtbarkeit der Zahlung einer fälligen Schuld nirgend apodiktisch ausgeschlossen ist, zumal wenn man erwägt, daß die römischen Juristen überhaupt dazu neigen, ihre Prinzipien zu generell auszusprechen. Deshalb muß das Wesen der Sache entscheiden, und da läßt sich sicher nicht in Abrede stellen, daß Fälle, wie die im Text genannten, eine fraudatio ceterorum creditorum enthalten. Dafür spricht übrigens auch trotz aller entgegengesetzten Deutung l. 24 h. t., und auch die Kritik der früheren Gratifikationstheorie, wie Francke a. a. O. 135 flg. sie vom sachlichen Standpunkt aus gegeben, trifft auf die Wiederaufnahme derselben in den engen Grenzen, wie wir sie hier ziehen, nicht mehr zu. — Die französische Jurisprudenz hat gegenüber dem im Prinzip mit dem römischen Recht übereinstimmenden code civil § 1167 keine feste Stellung; Zahlungen auf Schuld sind an sich jedenfalls nicht anfechtbar, zweifelhaft ist es dagegen, ob die Begünstigung eines Gläubigers schlechthin unanfechtbar ist. Dagegen z. B. Delamarre et Le Poitvin, VI. 18. Aehnlich für England Robson 129 flg., Italien 708, Portugal 1136 erklären fraudulose Zahlungen ausdrücklich für anfechtbar.

[19] So Jäckel 60, nur daß er anscheinend auch eine zufällige Mehrzahlung ausreichen lassen will.

[20] Ueber den Fall, wo die Zahlung an einen Gläubiger mit einem andern Geschäft kombinirt ist, vgl. § 46 Nr. 6.

Im Uebrigen ist es gleichgiltig, ob der Zahlungsempfänger Ab- oder Aussonderungsberechtigter, ob er einfacher oder bevorzugter Konkursgläubiger oder endlich ob er, wie etwa der Geschenknehmer, auch nicht einmal zur Liquidation seines Anspruchs im Konkurse berechtigt ist. Denn das Gesetz verlangt eine Benachtheiligung der Gläubiger schlechthin, nicht blos der Konkursgläubiger.

5. Pfandbestellungen des Schuldners. Erfolgen diese auf eine ältere Forderung eines Gläubigers, so sind sie der Anfechtung im Gegensatz zum römischen Rechte [21] entzogen, weil sie zwar einen Gläubiger begünstigen, eben deshalb aber „die Gläubiger" nicht benachtheiligen [22]. Dagegen ist die Bestellung von Pfändern vor der Begründung der zu sichernden Forderung oder gleichzeitig damit der paulianischen Anfechtung nicht entzogen. Jedoch wird der Regel nach die Pfandbestellung nur dann anfechtbar sein, wenn die Begründung der Forderung selbst eine Verkürzung der Gläubiger enthält.

6. Zahlungen an den Schuldner können den Gläubigern indirekt von Nachtheil sein, sobald der Schuldner den Geldbetrag verschleudert oder sonst der Masse entzieht. Geht die Absicht des Schuldners auf eine Manipulation dieser Art, und ist seine Absicht dem Gegner bekannt, so ist also den Voraussetzungen der Anfechtung genügt. Nur kommt hier gerade der oben bereits entwickelte Satz zur Anwendung, daß die Anfechtung da fortfällt, wo dem Anfechtungsgegner nicht zuzumuthen ist, seine Theilnahme an dem angefochtenen Akte zu verweigern. Denn der theoretische Satz, daß ein Schuldner, der dem dolosen Gläubiger Zahlung verweigert, nicht in Verzug kommt und also ohne Gefahr die Aufforderung zur Zahlung ablehnen kann, hilft dem Gegner praktisch sehr wenig [23]. Die Anfechtung wird deshalb nur in besonderen Fällen wirklich Platz greifen können. So wenn der Gegner die Zahlungseinstellung als unmittelbar bevorstehend kannte und bei einem unbedeutenden Verzug kein Risiko lief, oder wenn er die Schädigung der Gläubiger über das Maß seiner Verpflichtung hinaus, etwa durch Verheimlichung der Zahlung, unterstützte, oder wenn die Zahlung unter einer dolosen Verabredung, etwa der einer späteren Rückvergütung, geschah. Namentlich auch die Hingabe an Zahlungsstatt und die Zahlung vor Fälligkeit kann in dieser Weise anfechtbar sein.

7. Miethverträge. Eine der beliebtesten Formen, die den Schuldner vor dem Zugriff seiner Gläubiger schützen sollen, ist, daß der erstere bezüglich seiner Wohnung einen Miethvertrag auf eine ganze Reihe von Jahren abschließt. Die Abrede ist dann, daß der Vermiether bei jedem Exekutions-

---

[21] L. 22 D. h. t. Seuff. 18[287]. Anders für Hypotheken Württ. (1839) 24.

[22] Vgl. diesen Paragraphen zu Nr. 4b und § 17 Nr. 4.

[23] Vgl. oben § 19 Nr. 2. Zu theoretisch Stieglitz 148.

versuch gegen den Schuldner sein gesetzliches Pfandrecht an den Illaten seines Miethers und zwar auch bezüglich aller erst inskünftig fällig werdenden Miethsraten geltend macht[24]. Daß hier die Anfechtung zulässig ist, unterliegt keinem Bedenken, und es ist im Gegentheil dem Richter für einen Fall dieser Art nur anzuempfehlen, bezüglich der subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung sein Recht freier Beweiswürdigung in vollem Umfang zu gebrauchen.

8. Einseitige Akte des Schuldners sind ähnlich zu behandeln, wie die Zahlungen auf Schuld an ihn. Hierher gehört die Ausübung eines dem Schuldner zustehenden Wahlrechts, die Unterlassung eines Wechselprotestes dem Indossanten gegenüber, während sie gegenüber dem Acceptanten, ebenso wie die Nichtunterbrechung der Verjährung, bei der Möglichkeit freiwilliger Zahlung oder Hinterlegung der Rechtswirkung nach nicht als ganz einseitiger Akt des Schuldners erscheint. Dahin gehört weiter die Nichterhebung einer Zahlungseinrede durch den beklagten Schuldner; denn der klagende Gläubiger, der die dolose Absicht des Beklagten vollkommen kennen mag, braucht deshalb, wenn er z. B. der Erbe oder Zessionar des ursprünglichen Gläubigers ist, noch nicht zu wissen, ob die nicht erhobene Einrede an sich begründet ist oder nicht, und kann also trotz seiner Kenntniß des jenseitigen Dolus den Prozeß nicht sistiren oder die Klage zurücknehmen. Dahin gehört namentlich auch die dolose Erfüllung oder Nichterfüllung von Bedingungen durch den Schuldner, soweit er dadurch z. B. Vertragsstrafen verwirkt. In allen diesen Fällen ist die bloße theoretische Kenntniß des fremden Dolus zur Anfechtung nicht genügend, vielmehr ist nach Lage des konkreten Falles zu beurtheilen, ob die Kenntniß des Gegners praktisch von Belang war, ob letzterer insbesondere thatsächlich auf die Vornahme des Aktes Einfluß besaß oder ob er wenigstens durch den Empfang der Zuwendung und ihrer späteren Anfechtung nicht schlechter gestellt wird, als wenn er die Zuwendung überhaupt nicht erhalten hätte. In diesem Sinne ist die Anfechtbarkeit eines Aktes der vorgenannten Art zu bejahen, wenn der Gegner den Schuldner zu der Vornahme der Handlung angestiftet oder sich vorher freiwillig damit einverstanden erklärt oder endlich, wenn er direkt mit dem Schuldner kolludirt hat.

Ein besonders wichtiger einseitiger Akt eines Schuldners, mit dem er seine Gläubiger um jede Aussicht auf Befriedigung bringen kann, falls die Anfechtung nicht Hilfe schaffte, ist die Annahme einer insolventen Erbschaft ohne Vorbehalt. Es ist denn auch an der Anfechtbarkeit solcher Akte nicht zu zweifeln, und zwar greift dieselbe jedem gegenüber durch, der die dolose Absicht des Schuldners kannte und durch die Erklärung eine Zuwendung erhielt, vor allem also gegenüber den Erbschaftsgläubigern; dabei

---

[24] Daß dies zulässig ist, ist nicht zweifelhaft. Vgl. Wilmowski zu § 41 Note 7.

genügt, unserem Prinzip gemäß, wenn die Kenntniß des Gläubigers zu der Zeit vorhanden ist, wo er von dem Erbschaftsantritt ohne Vorbehalt erfuhr[25].

Auch die dolose Erbschaftsentsagung ist demjenigen gegenüber anfechtbar, der in Kenntniß des Dolus durch dieselbe eine Zuwendung empfing, also gegenüber dem Nacherben, und zwar gleichgiltig, ob die Entsagung ausdrücklich oder der Absicht des ersten Erben gemäß zu Gunsten des Substituten erfolgt ist, oder ob sie schlechthin ohne Bezug auf einen späteren Erwerber des Nachlasses geschah[26]. Denn es kann dem Nacherben recht wohl zugemuthet werden, die ihm lediglich durch den Dolus des Ersteingesetzten zufallende Erbschaft nur als eine prekäre, widerrufliche Zuwendung mit der Verpflichtung eventueller Rückgabe[27] anzunehmen, oder falls ihm diese Beschränkung seiner Befugnisse nicht gefällt, auf die Zuwendung ganz zu verzichten.

Kapitel drei.

Anfechtung von Verträgen zwischen Verwandten.

I. Allgemeines.

§ 24.

1. Entgeltliche Verträge. Der Anfechtung unterliegen Verträge, die der Schuldner innerhalb einer bestimmten Frist zum Nachtheil der Gläubiger mit einem Verwandten geschlossen hat, mit der Maßgabe, daß es dem letzteren nachgelassen ist, zur Beseitigung der Anfechtung den Beweis eignen guten Glaubens zu führen. K.O. § 24 Nr. 2, A.G. § 3 Nr. 2.

Objektiv setzt das Gesetz also ein Dreifaches voraus: einen Vertrag, Benachtheiligung der Gläubiger schon durch Abschluß des Vertrages, Einhaltung einer bestimmten zeitlichen Grenze[1]. Die beiden letzten Voraus-

---

[25] Vgl. oben § 20 Nr. 7.

[26] A. M. Jhering, Jahrb. f. Dogm. 10^{303}, der im letzteren Falle die Anfechtung nicht zulassen will.

[27] Denn der Gegner trägt unserer Auffassung nach nicht die Gefahr der Zuwendung, und sein Risiko bei widerruflicher Annahme derselben ist nicht erheblich. Gerade bei Fällen dieser Art erweist sich die Richtigkeit jener Auffassung bezüglich des Tragens der Gefahr.

[1] Die Bestimmung findet sich in dieser Form zuerst in Preußen 1835. Die Fristen sind verschieden: Preußen 1855 § 102 und Bayern 1223 setzen eine Frist von zwei Jahren, Preußen 1835 § 4 flg. von einem Jahr, den Ehegatten gegen-

setzungen sind bereits an andrer Stelle eingehend entwickelt[2]. Hier ist deshalb nur der Begriff des Vertrages[3].[4] zu erörtern. Zweifelhaft kann es nämlich sein, ob formell einseitige Akte — z. B. das Erstreiten von Prozeßentscheidungen oder die Erfüllung und Nichterfüllung von Bedingungen, die Nichtunterbrechung einer Verjährung — falls diese Akte im beiderseitigen Einverständnisse vorgenommen sind, dem Gesetz genügen und im Sinne desselben einen Vertrag darstellen. Die Frage ist zu bejahen. Denn es kann dem Gesetze offenbar nicht auf die Rechtsform des Vertrages, auf die äußere Erscheinung der anfechtbaren Handlung ankommen, und darauf, ob sie äußerlich in eine der gewöhnlichen Vertragsarten sich einordnen läßt. Maßgebend kann vielmehr nur sein, ob eine Rechtshandlung den übereinstimmenden und sich wechselseitig auf einander beziehenden Willen mehrerer betheiligter Personen enthält und also sachlich den Voraussetzungen eines Vertrages entspricht. Ob der Wille der Betheiligten sich als aktive Mitwirkung an der Handlung, als stillschweigendes Dulden, als ausdrückliche Genehmigung derselben äußert, ist gleichgiltig. Nur wenn die den Gläubigern nachtheilige Rechtshandlung auch materiell in einem einseitigen Akte eines der Betheiligten besteht, etwa wenn der Schuldner von einem ihm günstigen Vertrage kraft eines ihm zustehenden Reurechts und ohne sich zuvor mit der Gegenparthei ins Einvernehmen zu setzen, zurücktritt, fällt die Anfechtung fort.

2. Ein Verwandter des Schuldners muß Mitkontrahent desselben gewesen sein und zwar entweder sein Ehegatte, sein oder seines Ehegatten Verwandter in auf- und absteigender Linie, seine oder seines Ehegatten voll- oder halbbürtige Geschwister oder der Ehegatte einer dieser Personen. Diese Art der Begrenzung des Verwandtenkreises zeigt das charakteristische Merkmal aller Kasuistik, prinziplose Willkür. Freilich das ist ganz korrekt, daß das Gesetz nur von Verwandten und Verschwägerten

---

über oder wenn der Schuldner schon zur Zeit der Handlung insolvent war, von drei Jahren, Weimar Anfechtungsgesetz § 1, II von sechs Monaten; Württemberg E. G. Art. 51 hat eine Frist von 30 Tagen von der Zahlungseinstellung ab, Rußl. 1932 von 10 Jahren. Dänemark 28 von der Insolvenz des Schuldners ab.

[2] Vgl. oben § 17 Nr. 1, § 20.

[3] Das Gesetz verlangt einen „entgeltlichen" Vertrag. Unentgeltliche Verträge fallen aber a fortiori hierher, Dernburg 326^{3}, Grützmann 140. Die Beschränkung der Haftung des gutgläubigen Geschenknehmers gilt deshalb für Verwandte nicht.

[4] Preußen § 102 hatte nur von „Veräußerungen" gesprochen. Deshalb galten für unanfechtbar Pachtverträge (Str. 15^{290}. 72^{200}; anders Afterpachtverträge Entsch. 70^{346} Str. 86^{188}. 92^{60}), Pfandbestellungen (Str. 35^{213}. 43^{165}. 72^{268}, Entsch. 43^{163}, Reichsgericht in den Mittheil. der Anwaltskammer zu Naumburg, Juliheft 1881; auch bei Wallmann 2^{70}, Gruchot 25^{711}), Schuldversprechen, R.O.H.G. 21^{292}. Vgl. darüber Meischeider 47, Beisert 1. 34 flg. Diese Ausnahmen sind jetzt erledigt.

spricht und ihnen nicht nahe Freunde und Bekannte gleichstellt. Denn es ist nicht zweifelhaft, daß die Bande der Verwandtschaft gerade in Vermögensangelegenheiten sich weit stärker erweisen, als irgend ein Freundschaftsband, erklärlich genug, weil der Erbgang unter Verwandten und die durch die häusliche Gemeinschaft gebotene gemeinsame Vermögensnutzung unter ihnen gerade für Geld und Gut ein erhöhtes Gefühl der Zusammengehörigkeit schafft. Dagegen ist die Art und Weise, wie der Kreis der Verwandten begrenzt ist, ganz willkürlich, und es bleibt bedauerlich, daß das Gesetz hier bei der kasuistischen Methode verblieben ist und nicht vielmehr durch Ausdrücke, wie „nahe Verwandte" und „Familiengenossen" dem richterlichen Ermessen die unentbehrliche Würdigung des konkreten Falles überlassen hat. So muß man sich allerdings fragen, warum dem Schuldner der Großvater der Frau oder deren Schwager näher stehen soll als etwa der eigene Neffe, als ein zugebrachter Bruder, ein Pflegekind oder endlich als der Verlobte des eignen Kindes. Hält man die Kasuistik für unvermeidlich, so mag freilich anerkannt werden, daß sie nicht viel anders zu treffen war, als wie im Gesetze geschehen ist. Daß aber die Kasuistik nöthig war, und daß die Rechtssicherheit durch eine allgemeine Formel, wie sie oben vorgeschlagen ist, mehr gefährdet würde, als sie beispielsweise durch die die frühern Detailbestimmungen ersetzende allgemeine Klausel bei der Anfechtung der Gratifikationen bedroht ist, das kann nicht zugegeben werden[5].

Nach dem geltenden Rechte muß es natürlich bei der Aufstellung der im Gesetz erwähnten speziellen Verwandtenkategorieen bewenden, und zwar so, daß auch eine analoge Anwendung und eine ausdehnende Interpretation derselben ausgeschlossen ist. Denn diese, die in der Hauptsache doch erfolglos ist, nimmt der kasuistischen Gesetzgebung ihren einzigen Vorzug, den, daß der Verkehr sich mit aller Sicherheit auf den Wortlaut ihrer Satzungen berufen kann. Im Einzelnen ist danach Folgendes zu bemerken.

a) Die erste Kategorie bildet der Ehegatte des Schuldners vor und während der Ehe. Der Abschluß der Ehe nach Eingehung des Vertrages genügt also, und es ist auch nicht nöthig, daß die Parteien bereits verlobt waren, als sie den Vertrag eingingen; die Anfechtung ist im Gegentheil sogar dann statthaft, wenn die Kontrahenten zu jener Zeit anderweit verheirathet waren und gar nicht an die Ehe mit einander denken konnten.

---

[5] Auch die früheren Gesetze waren übrigens kasuistisch und zwar nannten sie meist dieselben Kategorieen von Verwandten, die jetzt das Reichsgesetz aufführt. So Preußen 102, Weimar 1, Württ. E. G. 51. Preußen 1835 § 2 nannte nur den Ehegatten und die Eltern und Kinder des Schuldners und seines Ehegatten, Holland 775 — übrigens nur bezüglich der Schenkungen — alle Verwandte bis zum vierten Grade. Nur Rußl. 1933 nennt alle Verwandte. Vgl. auch oben § 2[13].

Das mag wenig sachgemäß sein. Indeß läßt sich ein Verlobungsverhältniß um so weniger in das Gesetz hineininterpretiren[6], als alle andern Reichsgesetze, wo sie auf ein solches Verhältniß Gewicht legen, dasselbe stets ausdrücklich erwähnen[7]. Ein Vertrag, der zwischen früheren Ehegatten nach Auflösung der Ehe geschlossen ist, — sei es, daß irgend eine Anfechtung oder Nichtigkeit, oder daß eine Scheidung stattgefunden hat, — genügt dagegen nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes der Anfechtung nicht. Andrerseits ist aber die spätere Auflösung der Ehe, — insbesondere also der Tod eines Gatten oder die Scheidung[8], — für die Anfechtbarkeit eines in der Ehe geschlossenen Vertrages ohne Belang; ebenso auch die spätere Annullirung der Ehe, da im Sinne des Anfechtungsgesetzes auch eine Putativehe zureichend ist.

b) Unter „Verwandten" sind nur Blutsverwandte zu verstehen. Andernfalls hätte das Reichsgesetz die Verschwägerten nicht besonders zu erwähnen brauchen; auch sind die Adoptirten in den andern Reichsgesetzen da, wo sie den Verwandten gleichgestellt werden sollen, gleichfalls, und zwar nicht neben den „Blutsverwandten", sondern neben den „Verwandten" besonders genannt[9]. Deshalb fallen die Adoptirten auch dann nicht unter die Verwandten im Sinne des Anfechtungsgesetzes, wenn sie das Partikularrecht sonst den Blutsverwandten gleichstellt[10]. Denn es ist, wie die Erörterung zu c noch klarer ergiebt, unzulässig, reichsgesetzliche Termini aus dem Partikularrecht zu erläutern und also je nach der Verschiedenheit der einzelnen Landesrechte bald in dem einen, bald in dem andern Sinne zu deuten, sobald das Reichsgesetz nicht selbst ausdrücklich oder stillschweigend auf das Partikularrecht verweist. Dies ist hier aber nicht der Fall, da das Wort „Verwandtschaft" seine zulängliche Deutung in den Begriffen des Lebens findet und deshalb einer Ergänzung durch gesetzliche Interpretation nicht

---

[6] Dies that früher das Obertribunal. Entsch. 53^{358}. Dagegen auch Jäckel 87.

[7] Z.P.O. § 348^{1}, St.P.O. § 51, St.G.B. § 52. Auch Bayern § 1223 sagt für den analogen Fall der Anfechtung, daß die Ehe bereits „beabsichtigt" gewesen sein müsse. — England statuirt in eigenthümlichem Gegensatz hiezu 1869 s. 91 die Unanfechtbarkeit eines settlement made before and in consideration of marriage; dies war schon ältere englische Praxis. Williams, law of bankr. 263.

[8] Verträge, die Ehegatten nach dem erstinstanzlichen Scheidungsurtheil, aber vor Rechtskraft desselben geschlossen haben, fallen unter das Gesetz. Denn erst durch die Rechtskraft des Urtheils wird die Ehe geschieden, und eine Rückbeziehung der Rechtskraft ist reichsrechtlich nicht angeordnet, also auch nicht mehr zu Recht bestehend. Vgl. namentlich Z.P.O. 779. 645. A. M. Jäckel 86^{18}.

[9] Z.P.O. § 41. 348, Reichsgesetz v. 6. Febr. 1875 § 33.

[10] So die herrschende Meinung. Dernburg II. 327^{5}, Stieglitz 151, Petersen 142, Völderndorff I. 297 (dieser auch für Einkindschaften), Wilmowski 168. Weimar § 1 nennt dagegen ausdrücklich nur die Blutsverwandten.

nothwendig bedarf. Der gewöhnliche Begriff der Verwandtschaft umfaßt aber das Adoptionsverhältniß nicht in sich.

c) Uneheliche Kinder sind an sich wie eheliche mit den Eltern und deren Blutsverwandten „verwandt". Trotzdem ist es aber von selbst klar, daß das Gesetz bei der vollständigen Fremdheit, die in der Regel zwischen dem Vater und seinem außerehelichen Kinde besteht, unmöglich dies Verhältniß dem Anfechtungsrecht gegenüber hat für maßgebend erklären wollen. Aber auch hier darf man nicht — so wenig wie bezüglich der Adoptirten — sofort auf das Partikularrecht zurückgreifen[11]. Weder entspricht es den Absichten des Reichsgesetzes, anzunehmen, daß es sich bei den „Verwandten" nicht selber etwas zulänglich Bestimmtes gedacht, sondern damit nur einen Namen habe geben wollen, dem das Landesrecht nach Willkür und in aller örtlicher Verschiedenheit erst den wirklichen Inhalt zu geben hätte; noch ist es den Landesgesetzen gegenüber billig, deren von ganz heterogenen Motiven geleitete Bestimmungen auf Fälle anzuwenden, bei denen diese Motive versagen, und für die das Landesrecht selber vielleicht abweichende Normen aufgestellt haben würde. In der That ist denn auch nicht zweifelhaft, daß das Reichsrecht der allgemeinen Lebensauffassung gemäß unter Verwandtschaft nicht die nackte Thatsache der Blutsverwandtschaft, sondern nur diejenige, die zu einer Familiengemeinschaft führt, verstanden hat; und zwar dies nicht nach Lage des konkreten Falles, da das Reichsgesetz eben nicht diesen, sondern seine allgemeinen Kategorieen entscheiden lassen will; vielmehr sind die Durchschnittsverhältnisse des Lebens maßgebend.

Dies führt dann im Einzelnen zu Abweichungen von dem partikularen, namentlich von dem preußischen Rechte, da dessen künstliche Bestimmungen der Auffassung des Lebens vielfach widersprechen und auch sonst eine Berücksichtigung durch das Reichsrecht nicht verdienen. Insbesondere begründet die außereheliche Geburt nicht nur der Mutter[12] gegenüber, sondern auch den Verwandten derselben — ihren Eltern, ihren ehelichen und außerehelichen Kindern — gegenüber die Verwandtschaft, weil diese der Regel nach das uneheliche Kind von seiner Mutter nicht trennen können, und dieses ihnen deshalb nothgedrungen „verwandt" ist. Dem Vater gegenüber bleibt das außereheliche Kind dagegen fremd[13]; eine Ausnahme in concreto, ein zufälliges Anerkenntniß etwa, die Aufnahme des Kindes in die eigne Pflege, die Verurtheilung zur Zahlung von Alimenten, ändert hieran, weil es eben prinzipiell auf den einzelnen konkreten Fall nicht ankommt, nichts. Nur wo die Sitte eine allgemeine Form gefunden oder anerkannt hat, in

---

[11] Auch hier folgt die herrschende Meinung dieser Methode. Vgl. die in der vorigen Note Genannten.

[12] Reichsgericht bei Gruchot 24^{1068}.

[13] Strieth. 92^{155}, Gruchot 18^{821}.

der sie auch dem außerehelich geborenen Kinde die Familiengemeinschaft mit dem Vater über den Rahmen des einzelnen Falles hinaus zuspricht, genügt diese. Dies gilt z. B. für Kinder aus Putativehen und für Legitimirte. Auch hier ist aber der Umfang nicht maßgebend, in dem das Landesgesetz willkürlich diese Formen anerkannt und ausgebildet hat, sondern es ist entscheidend, wie weit die Sitte des Lebens die Familiengemeinschaft ausdehnt. Deshalb gilt, — da die Verwandten des Legitimirenden die Thatsache der Legitimation regelmäßig nicht zu ignoriren in der Lage sind, — das legitimirte uneheliche Kind allen Verwandten seines Vaters gegenüber als verwandt.

d) Halbbürtige Geschwister, d. h. solche, die Vater oder Mutter gemeinsam haben, fallen unter das Gesetz; im Fall außerehelicher Geburt genügt aber in der zu c entwickelten Weise meist nur die Gemeinsamkeit der Mutter. Sog. zusammengebrachte Geschwister endlich sind nicht „verwandt".

e) Die Schwägerschaft — ersten und zweiten Grades — wird unstreitig nur durch eine Ehe begründet. Zweifelhaft ist indeß zunächst, ob auch ihre Fortdauer von der Fortdauer der Ehe abhängig ist. Auch für diesen Zweifel kann sicher die Begrenzung der Verschwägerung im Landesrecht nicht die entscheidende Norm sein, da es gerade bei der Verschwägerung erheblich auf die Zwecke ankommt, welche in jedem einzelnen Falle bei der Begrenzung dieses Verhältnisses zu berücksichtigen sind. Deshalb ist auch hier auf den Grundgedanken des Gesetzes zurückzugehen, und demnach eine solche Schwägerschaft für ausreichend zu erachten, welche der allgemeinen Sitte gemäß eine Familiengemeinschaft begründet. In diesem Sinn gefaßt, kann es nicht zweifelhaft sein, daß in der Regel die Lösung des Ehebandes durch den Tod die Schwägerschaft nicht aufhebt, daß dagegen jede andere Lösung der Ehe diese Aufhebung allerdings bewirkt[14]. So aufgefaßt liegt denn auch ein Widerspruch mit der zu a gedachten Norm unseres Gesetzes nicht vor, da diese zwar Verträge zwischen Ehegatten nach Lösung der Ehe nicht für anfechtbar erklärt, dabei aber selbstredend den Fall der Lösung durch den Tod nicht im Auge haben kann[15].

Ein weiterer Zweifel bezieht sich auf die Verträge, welche der Schuldner mit dem Verlobten eines Verwandten, namentlich also mit dem künftigen

---

[14] Die Zuwendung an den Gatten eines Verwandten kommt dem letzteren freilich nur zu gut, solange er lebt. Dies ist aber gleichgiltig; denn daß das Gesetz in dem Gatten des Verwandten nur diesen letzteren treffen will, wie Strieth. 55[197] will, ist nicht ersichtlich.

[15] So Jäckel 88 und früher Preußen 1835 § 2. Die Schwägerschaft erklären dagegen durch die Auflösung der Ehe allgemein für beendigt Strieth. 55[197], Entsch. 53[317]. 69[251], Eccius 61[353], Stieglitz 152. Vgl. noch Dernburg III. 3[12] und Reichsgesetz v. 6. Febr. 1875 § 33, für das Strafrecht auch Reichsg. Straff. Bd. 5 S. 200.

Schwiegersohne abschließt. Die Anfechtbarkeit ist hier zu verneinen. Denn der Verlobte ist noch nicht mit den Verwandten des andern Theiles verschwägert, und ein Passus, der, wie bei den Verträgen zwischen künftigen Ehegatten, auch die Verträge zwischen künftigen Verschwägerten der Anfechtung unterwirft, ist im Gesetze nicht enthalten, ähnlich wie auch die andern Reichsgesetze, wo sie für gewisse Kategorieen von Verwandten besondere Normen aufstellen, nur den Verlobten des Nächstbetheiligten, nicht aber auch den Verlobten eines Verwandten desselben nennen [16]. Konsequenterweise muß aber die Verneinung der Anfechtung auch auf den Fall sich erstrecken, daß der Vertrag mit dem Verlobten eines Verwandten ausdrücklich auf die künftige Ehe Bezug nimmt und den Abschluß derselben zur Bedingung der Giltigkeit des Vertrages macht. Denn das Anfechtungsrecht nimmt grundsätzlich auf die Zeit des Vertragsschlusses, nicht auf die Zeit des Eintritts einer Vertragsbedingung Rücksicht [17].

3. Mitwirkung des Schuldners. Ein zweites subjektives Erforderniß ist die Betheiligung des Schuldners bei der anfechtbaren Handlung als Mitkontrahent. Aeußerlich folgt dies ganz zweifellos daraus, daß das Gesetz als Gegenstand dieses Falles der Anfechtung eben nur die Verträge des Schuldners bezeichnet, ihn also als einen der paziszirenden Theile auffaßt. Aber auch an einem inneren Grunde, der die Mitwirkung des Schuldners nöthig machte, fehlt es nicht: denn mindestens negativ hängt dieser Fall der Anfechtung von den Absichten des Schuldners bei Abschluß des angegriffenen Geschäftes ab, und er würde also gegenstandslos sein, wenn der Schuldner bei dem Geschäft überhaupt nicht thätig betheiligt gewesen war [18].

4. Einrede der Sachunkenntniß. Ein drittes wesentliches Erforderniß subjektiver Art, welches von dem Gesetze freilich nur negativ, als Einrede, formulirt ist, geht dahin: die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn

---

16 Z.P.O. § 348^1, St.P.O. § 51, St.G.B. § 52.

17 Entsch. 49^{356}. 67^{59}, Strieth. 46^{204}. 68^{238}. $82^{95.287}$, Fitting 145, Eccius 613^{53}, Otto 198. A. M. Dernburg II. 327^5, Völderndorff I. 298, Jäckel 90 und sehr ausführlich Wienstein bei Gruchot 16^{115} flg.

18 Nur wäre es konsequent gewesen, da der Dolus des Schuldners blos negativ in Betracht kommt, auch seine Mitwirkung bei dem angefochtenen Geschäft nur negativ zu betonen, also nicht zum Klagfundament, sondern zum Gegenstande einer Einrede zu machen. Namentlich da, wo ein zweiseitiges Geschäft unter einem einseitigen Akte des Anfechtungsgegners versteckt ist, würde es dem eigentlichen Gedanken des Gesetzes nur entsprechen, wenn dem Gegner neben dem Beweise seines guten Glaubens und als eine Voraussetzung desselben im gegebenen Falle eventuell auch der Beweis auferlegt würde, daß der Schuldner an dem angefochtenen Rechtsakt überhaupt nicht betheiligt gewesen sei. Das Gesetz hat diese Beweisvertheilung indeß nicht angeordnet.

entweder der Schuldner durch den Abschluß des streitigen Geschäfts erweislich seine Gläubiger nicht hat schädigen wollen oder wenn der Gegner diese etwa doch vorhandene Absicht des Schuldners wenigstens erweislich nicht gekannt hat. Diese Bestimmung wird nun der Regel nach als eine Präsumtion des beiderseitigen Dolus aufgefaßt, d. h. es wird bis zur Führung jenes Beweises angenommen, daß der Schuldner positiv die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger durch Abschluß des streitigen Vertrages zu schädigen, und daß ebenso positiv der Gegner diese Absicht gekannt habe. Dieser Präsumtion gegenüber charakterisirt sich alsdann der dem Anfechtungsgegner nachgelassene Beweis nicht etwa als Hauptbeweis bezüglich einer Einrede, sondern als Gegenbeweis bezüglich des Klagfundaments.

Der Wortlaut des Gesetzes giebt nun aber zur Annahme dieser Präsumtion keine Veranlassung: die Redaktoren des Gesetzes haben es auch hier wiederum für genügend erachtet, die entscheidenden Rechtssätze in den Motiven zum Gesetz statt in dem Gesetze selbst auszusprechen. Die Aeußerung in den Motiven ist aber für uns nicht verbindlich, und da es an jedem sachlichen Grunde zu einer positiven Präsumtion im Sinne der herrschenden Meinung fehlt, lassen wir es einfach bei einer wortgetreuen Auslegung des Gesetzes bewenden[19]. Es kommt also unserer Auffassung nach auf die Absichten des Schuldners und die Kenntniß des Gegners prima facie überhaupt nicht an, und die Klage braucht diese Momente deshalb zunächst gar nicht zu erwähnen[20]. Erst im Wege der Einrede ist geltend zu machen und wie jede andere Einrede zu beweisen, daß die im Gesetz vorgesehene Ausnahme in Bezug auf das subjektive Verhalten des Gegners oder des Schuldners im konkreten Falle vorliegt. Bis diese Einrede erhoben und bewiesen ist, steht aber einfach über das subjektive Verhalten der Betheiligten weder positiv noch negativ etwas Bestimmtes fest, und jeder Anlaß fehlt, diesen Mangel im Wege der Präsumtion zu beseitigen. Vielmehr bewendet es auch für die rechtliche Beurtheilung der Sachlage bei

[19] Denn das Gesetz sagt eben nichts von einer Vermuthung; man vergleiche z. B. die Fassung eines Gesetzes, welches wirklich eine Doluspräsumtion enthält; Stat. Florent. v. 1416 rubr. XI: intelligatur talis alienatio in fraudem concepta; Stat. Rom. l. 1. c. 114 nach Scaccia p. 396: alienatio . . praesumitur simulata. Preußen 35 § 2: „Es soll ihm die Vermuthung zur Seite stehen, daß die Kontrahenten in der unredlichen Absicht u. s. f.“ Italien c. d. comm. 709: si presumono fatti in frode dei creditori e in mancanza della prova contraria. Portugal 1137: todos os actos presumen-se fraudulentos. Sehr auffallend ist die Fassung des spanischen Handelsgesetzbuchs 1041, verglichen mit 1042; die Kommentatoren legen sie — vgl. Reuz y Garcia zu 1041 — als eine praesumtio juris aus. — Ueber die Auffassung des englischen Rechts vgl. oben § 4 Note 6 gegen Ende.

[20] Anders, wenn man die Präsumtion annimmt, da diese nur von der Beweispflicht, nicht von der Anführungspflicht befreit.

dem, was sich aus der thatsächlichen Beurtheilung derselben ergiebt: daß nämlich die dolose Absicht des Schuldners und ihre Kenntniß auf Seiten des Gegners nicht widerlegt und also „möglicherweise“ vorhanden gewesen ist, daß aber ebensogut eine jener zahlreichen Abstufungen zwischen genauer Kenntniß und völliger Unkenntniß, jene Stufen des Zweifels, der Vermuthung, des Argwohns, daß endlich eine völlige, jedoch nicht erweisliche Unkenntniß auf Seite des Gegners vorgelegen haben kann.

Hiernach bestimmt sich denn auch die Richtung, in welcher der Gegner den ihm nachgelassenen Beweis anzutreten und durchzuführen hat. Nach der herrschenden Meinung müßte er wesentlich negativer Art sein, müßte darthun, daß nach dem konkreten Sachverhalte die gesetzliche Präsumtion nicht gerechtfertigt, vielmehr ein Rechtsgeschäft gewöhnlicher, unauffälliger Beschaffenheit vorliegend sei[21]. Richtiger Ansicht nach hat dagegen der Anfechtungsschuldner keine Präsumtion zu widerlegen, sondern einfach eine von ihm aufgestellte selbständige Behauptung zu beweisen. Er hat deshalb thatsächliche Momente[22] darzulegen, aus denen die positive Redlichkeit der betheiligten Personen hervorgeht. Dahin gehört in erster Linie, daß das Geschäft zur Zeit des Abschlusses als vortheilhaft für den Schuldner und bez. dessen Gläubiger erscheinen und namentlich das dem Schuldner gewährte Entgelt damals für zureichend gehalten werden mußte. Weiter, daß die Vermögenslage des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses sicher genug war, um die Gefahr einer Insolvenz positiv als ausgeschlossen erscheinen zu lassen. Endlich, daß die speziellen Umstände, welche die Insolvenz später herbeiführten, in einer Weise aufgetreten sind, daß sie dem Gegner oder gar dem Schuldner selbst zur Zeit des Geschäftsschlusses noch unbekannt sein mußten. Dagegen genügt es in keinem Falle bloß darauf hinzuweisen, daß die Schädigung der Gläubiger nach Art und Umfang nicht besonders auffallend, daß der Schuldner in dem kritischen Zeitpunkt noch solvent, daß sein Verkehr mit dem Verwandten und dessen Kenntniß

---

[21] Lehnt man diese Konsequenz ab und behandelt den Gegner auch dem Umfang seiner Haftung nach nicht als präsumtiv dolos — R.O.H.G. 21^{418}, Beisert S. 22 flg., Sutro bei Gruchot 5^{201} — so ist auch von unserer Seite gegen obige Präsumtion nichts einzuwenden; sie ist aber alsdann ohne alle Bedeutung. Die Beweisfrage kehrt übrigens bei der Anfechtung der Gratifikationen wieder und hat bei dieser größere praktische Bedeutung.

[22] Sachgemäß richtete deshalb Preußen § 102 und Entw. I § 30 den Beweis auf „Thatsachen“, aus denen die Unkenntniß hervorgehen sollte; wenn das Gesetz diese Fassung geändert hat, so ist dies, wie oben gezeigt, keine sachliche Aenderung. Jedenfalls war es nicht zu billigen, daß das Obertribunal trotz der klaren Fassung des älteren Gesetzes dennoch den direkten Beweis der Unkenntniß durch eine — natürlich rein formelle — Eideszuschiebung zuließ. Strieth. 58^{138}. Dies Beweismittel ist jetzt nicht mehr anwendbar. Vgl. § 41 Nr. 3 § 42 Note 11.

von seiner Vermögenslage nur gering gewesen. Denn hieraus würde nur folgen, daß die Betheiligten möglicherweise redlich verfahren sind oder auch, daß zu einer Vermuthung ihrer Unredlichkeit im konkreten Falle kein Anlaß vorliegt. Aber für den wirklichen Beweis der Redlichkeit und der Sachunkenntniß, wie er hier zu führen ist, liefern diese Umstände auch nicht den geringsten Anhalt. Sie können deshalb auch nicht als Unterlage zu einem richterlichen Eide dienen, sowenig sonst der Beweis, daß eine Thatsache möglich sei, auch nur als unvollständiger Beweis für die wirkliche Existenz derselben gelten kann[23].

Die Absicht der Gläubigerverkürzung bei dem Schuldner und die Kenntniß dieser Absicht bei dem Gegner ist in demselben Sinne zu nehmen, wie bei der paulianischen Anfechtung. Namentlich ist zu betonen, daß auch hier ein selbständiger Dolus des Anfechtungsgegners für die Anfechtung weder erforderlich noch genügend ist. Steht seine Unkenntniß von der dolosen Absicht des Schuldners fest, und ist insbesondere der Schuldner thatsächlich frei von Dolus gewesen, so schadet es ihm nichts, wenn er auch selber die Verkürzung der Gläubiger des Anderen beabsichtigte, und ist seine Kenntniß von der Absicht des Schuldners nicht widerlegbar, so nützt ihm auch umgekehrt der Glaube an die Unschädlichkeit des Geschäftes nichts[24]. Nur ist zu beachten, daß es sich hier um den Beweis einer Negative handelt, und dieser, wenigstens wenn er sich wie hier auf innere Thatsachen bezieht, nur auf Grund von Indizien zu führen ist. Dadurch verschieben sich aber auch die materiellen Begriffe, um deren Beweis es sich handelt, und der Unterschied von Dolus und grobem Verschulden, von Wissen und Wissenmüssen kommt thatsächlich, einfach weil er durch Indizien kaum zu beweisen, fast ganz außer Ansatz.

II. Einzelheiten.

§ 25.

1. Prozeßhandlungen sind hier nur in geringem Maße der Anfechtung unterworfen, da die Voraussetzung derselben überall ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständniß des Schuldners mit seinem Gegner ist, und dies der Natur der Sache nach bei prozessualischen Akten schwer nachweisbar sein wird. Immerhin ist aber im Prinzip die Anfechtbarkeit eines Erkenntnisses nicht zu bezweifeln, welches auf Grund eines Anerkenntnisses des Schuldners oder seiner Versäumniß oder der Nichterhebung einer Einrede zum Nachtheil der Masse ergeht, sobald die Partheien sich erweislich über ihr Verhalten im Prozesse verständigt haben. Dagegen genügt die bloß äußerliche und beinahe zufällige Willensüberein-

---

[23] Eine eigene Ansicht über die Beweisfrage hat Villnow, bei Gruchot 15419.

[24] Vgl. oben § 23 Nr. 1.

stimmung der Parteien, wie sie im Prozeß so häufig, etwa bei dem Anerkenntniß auf der einen und dem Antrag auf Verurtheilung dem Anerkenntnisse gemäß auf der anderen Seite, wiederkehrt, dem Gesetze nicht.

Einfacher gestaltet sich die Anfechtung bei den in der Praxis so häufigen Vollstreckungstiteln, die unmittelbar auf Parteivereinbarung beruhen, also bei den vollstreckbaren gerichtlichen oder notariellen Urkunden und bei den schiedsmännischen Vergleichen. Denn hier hängt die Anfechtbarkeit lediglich davon ab, ob der dem Titel zu Grunde liegende Vertrag die Gläubiger des Schuldners benachtheiligt, ob also insbesondere der Anspruch des Mitkontrahenten, auf welchen der Titel sich bezieht, gar nicht oder mit einem anderen nach Art und Umfang dem Schuldner günstigeren Inhalt bestand [1]. Dagegen ist die bloße Thatsache, daß der vollstreckbare Vertrag dem Verwandten die Möglichkeit eines rascheren Vorgehens und den Titel zu einem Pfandrechte gewährt, nur eine Begünstigung dieses Verwandten in seiner Eigenschaft als Gläubiger, und genügt deshalb dem gesetzlichen Erforderniß einer Benachtheiligung der Gläubiger nicht [2].

Daß diese Regelung der Anfechtung eine Lücke enthält, ist zweifellos: man erwäge etwa, daß im Prüfungstermin der Vater des Schuldners ein Judikat überreicht, das er kurz vor der Zahlungseinstellung seines Sohnes erstritten und wonach er, vielleicht gegen Zahlung einer bestimmten Vergütung, die Herausgabe des ganzen schuldnerischen Geschäftsinventars als sein Eigenthum oder die Rückzahlung einer bestimmten angeblich als Darlehen hingegebenen Summe beanspruchen kann. Nach dem geltenden Rechte müssen in diesem Falle die Gläubiger nachweisen, daß das Judikat als solches auf Grund einer Vereinbarung zwischen den Prozeßparteien ergangen oder aber, daß das dem Urtheil zu Grunde liegende materielle Rechtsgeschäft ein Vertrag aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung ist. Der Sachlage und der Billigkeit hätte es dagegen weit mehr entsprochen, wenn das Gesetz den Verträgen des Schuldners mit Verwandten einfach die von diesen vorgenommenen Prozeßakte gleichgestellt, und also in dem vorbezeichneten Falle trotz des ergangenen Judikates von dem Vater des Schuldners nochmals die Substanzirung und den Beweis seines materiellen Anspruchs oder aber wenigstens den Beweis der Redlichkeit des dem Judikat vorausgegangenen Prozeßverfahrens erfordert hätte. Wer unbefangen die Wichtigkeit dieser Beweisfrage würdigt und namentlich erwägt, wie viel schwerer der jetzt dem Verwalter auferlegte Beweis zu führen ist, als die entgegengesetzte Beweislast den mit der Sachlage genau bekannten Anfechtungsgegner treffen würde, wird den von uns bezeichneten Mangel des Gesetzes nicht verkennen.

---

[1] Ueber die Beweislast vgl. § 15 Note 17.

[2] Vgl. oben § 17 Nr. 4.

2. Zahlungen an den Schuldner auf Forderungen desselben sind entgeltliche Verträge[3], werden jedoch die Gläubiger selten schon „durch ihre Eingehung" benachtheiligen. Sie werden deshalb nur ausnahmsweise unter diese Anfechtungskategorie fallen. Insoweit besteht denn auch ein Unterschied zwischen der Zahlung vor Fälligkeit, der Hingabe an Zahlungsstatt und der eigentlich kontraktgemäßen Leistung nicht.

3. Zahlungen des Schuldners auf fällige Verbindlichkeiten enthalten, wie dies bei der paulianischen Anfechtung ausgeführt ist, nur die Begünstigung eines Gläubigers vor den andern, nicht aber eine Benachtheiligung der Gläubiger, und sind deshalb nicht anfechtbar. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit vor Verfall und die Hingabe an Zahlungsstatt steht dabei auch hier der wirklichen Zahlung, von besonderen Fällen abgesehen, gleich[4]. Auch eine Auflassung gehört hierher, die lediglich in Erfüllung eines früheren Veräußerungsgeschäftes vorgenommen ist[5]. Uebrigens genügt es zur Substanzirung der Anfechtungsklage und insbesondere zum Nachweise der Verkürzung der Gläubiger, wenn der Anfechtungsberechtigte die Zahlung einer Geldsumme seitens des Schuldners an einen Verwandten beweist, denn daß dieser Zahlung ein ausreichendes Entgelt entgegensteht, daß sie insbesondere auf Schuld erfolgt und die Schuld zu Recht bestehend und thatsächlich begründet ist, das ist Sache des Einwandes und vom Anfechtungsgegner zu substanziren und zu beweisen[6].

Daß die Schuld nach Art und Umfang nicht genau fixirt war, kann natürlich die Anfechtbarkeit einer Leistung auf die Schuld nicht begründen. Deshalb ist auch die Zahlung auf eine alternativ oder generisch bestimmte Forderung, ist auch die Leistung einer Ausstattung[7] an die ausstattungsberechtigte Tochter nicht anfechtbar. Ebensowenig ein selbständiger Vertrag, der lediglich in Erfüllung einer besonderen Verbindlichkeit geschlossen wird, wie der Erbtheilungsvertrag, oder wie ein Darlehen, welches der Schuldner auf Grund eines pactum de mutuo dando zu gewähren verpflichtet war. Denn dadurch, daß eine Forderung auf Errichtung eines Vertrages geht, wird ihr rechtlicher Charakter nicht wesentlich verändert, der Berechtigte

---

3 Dies wird neuerdings von Lepa, Selbsteintritt des Kommissionärs, 1883, Seite 240 unseres Erachtens mit Unrecht bestritten. Vgl. unten S. 139[18].

4 Vgl. § 23 Nr. 4. So auch im Resultat Entsch. 49[368], Strieth. 10[20]. 14[225]. 34[241]. 49[161]. 62[221]. 66[92]. 76[132] u. Reichsgericht bei Gruchot 24[1065]. Wer dagegen die Absicht der Benachtheiligung mit der der Begünstigung identifizirt und also unter den benachtheiligten Gläubigern die andern — ceteri creditores — versteht, Hullmann 146[3], Otto 192, müßte zu einem andern Resultat kommen. Beisert 37 flg. bejaht denn auch die Anfechtbarkeit.

5 Reichsg. 5[285].

6 A. M. Jäckel S. 81 flg. S. aber oben § 15 Note 17.

7 Ueber die Ausstattung vgl. noch § 28 Nr. 10.

bleibt Gläubiger, und der wirkliche Abschluß des im Voraus stipulirten Vertrages ist im Sinne des Gesetzes vielleicht die Begünstigung eines Gläubigers, nicht aber eine Gläubigerverkürzung.

4. Erbtheilungsverträge. Daß diese prinzipiell nicht anfechtbar sind, ist eben erwähnt, und zwar gleichgiltig, ob der Schuldner sie aus eigner Initiative oder auf Drängen der Gegeninteressenten abschloß[8]. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Theilung nicht in einer der gesetzlich vorgeschriebenen Formen — Naturaltheilung und öffentlicher Verkauf — erfolgt; denn jede andre Theilungsform[9] behält doch mindestens den Charakter einer datio in solutum, stellt also auch in dieser Art eine Leistung auf Schuld dar und bleibt, wie jede andre Hingabe an Zahlungsstatt, dieser Form der Anfechtung entzogen. Ja selbst wenn der Schuldner bei der Theilung nur solche Sachen erhalten hätte, die an sich oder durch zeitweises Veräußerungsverbot des Erblassers dem Zugriff der Gläubiger mehr oder weniger entzogen sind, so ist auch dies nur eine Benachtheiligung „der übrigen Gläubiger", reicht also zur Anfechtung nicht hin[10]. Sobald natürlich das Maß der Verbindlichkeit des Schuldners dem Umfang nach durch den Theilungsvertrag überschritten wird, liegt insoweit eine Leistung an einen Gläubiger nicht vor, und der Anfechtung ist wieder Raum gegeben[11].

5. Onerose Vermächtnisse können für die Gläubiger des Legatars eine Verkürzung involviren, etwa, wenn ihm eine Rente unter der Bedingung vermacht ist, daß er sein Hausgrundstück einem Dritten unentgeltlich oder gegen einen bestimmten niedrigen Kaufpreis überlasse. Da nun hier zwischen dem Erblasser und Legatar die gegenseitige Willenseinigung vorhanden und also ein Analogon eines Vertrages gegeben ist, so ist die Anfechtung der Verträge zwischen Verwandten auch auf diesen Fall zu beziehen. Nur ist festzuhalten, daß nicht der Erbe oder der dritte Honorat, sondern nur der Erblasser als Mitkontrahent gilt, da ja Wille und Absicht der beiden ersteren für das Zustandekommen des Vermächtnisses ohne Einfluß sind. Deshalb ist auch der Gegenbeweis des guten Glaubens dahin zu

---

[8] So auch Strieth. 18^{126}. 80^{144}. A. M. Meischeider 47, Beisert 36.

[9] Dahin gehört auch die Uebernahme selbständiger Verpflichtungen gegen die Miterben, etwa die lebenslänglicher Alimentation. Strieth. 18^{126}.

[10] Dies ist praktisch nicht einmal unbillig, denn einer der Erben muß diese Sachen nehmen — L.R. I. 17 § 94 —, und daß derjenige, der sie freiwillig nahm, der Insolvenz entgegenging, kann die andern Erben nicht wohl bestimmen, sein ihnen günstiges Angebot abzulehnen und gegen ihr eigenes Interesse auf ihrem Rechte und den gesetzlichen Theilungsregeln zu bestehen.

[11] Natürlich können zu diesem Zweck auch die Taxen bemängelt werden, welche bei der Bildung der Erbtheile zu Grunde gelegt sind, das Nachlaßinventar u. s. f. — Inwieweit die Anfechtung auch gegen eine durch Urtheil festgesetzte Theilung zulässig ist, folgt aus der Ausführung zu Nr. 1 dieses Paragraphen.

richten, daß der Erblasser bis zur Perfektion des Legats, also bis zu seinem Tode, keine Kenntniß davon besaß, daß der Legatar die Zuwendung nur zum Nachtheil seiner Gläubiger und in der Absicht, diese zu schädigen, annehmen würde.

6. Pfandbestellung. Die Anfechtbarkeit derselben regelt sich in der gleichen Weise, wie bei der paulianischen Anfechtung. Voraussetzung ist also entweder, daß die gesicherte Forderung überhaupt nicht oder doch nicht rechtsverbindlich existirt oder aber, daß die gesicherte Forderung selber der Anfechtung unterliegt [12].

7. Stellvertretung. Hat der Gegner nicht persönlich, sondern durch einen Vertreter kontrahirt, so ist ein doppelter Zweifel möglich.

Genügt es zunächst zur Anfechtung, daß der Schuldner mit einem Verwandten, der aber nur als Stellvertreter eines Fremden auftritt, kontrahirt hat?

Die Frage ist zu verneinen. Freilich ist die Sachkenntniß des Mitkontrahenten auch hier vorhanden; aber es fehlt das Interesse, von derselben Gebrauch zu machen, da der Regel nach weder dem Schuldner noch seinen Verwandten etwas daran liegen wird, die Gläubiger des ersteren zu Gunsten einer fremden Person zu schädigen. Ist dies Prinzip richtig, so darf man konsequent die Anfechtung auch dann nicht zulassen, wenn der Verwandte des Schuldners als Prokurist, Direktor einer Aktiengesellschaft u. s. f. thatsächlich die ihm übertragenen Geschäfte völlig frei und nach eigenem Ermessen, vielleicht auch nicht ohne mittelbares eigenes Interesse leitet. Anders, wenn der Verwandte zugleich für sich kontrahirt, wie es richtiger Ansicht nach auch bei der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft [13] der Fall ist: alsdann ist das Geschäft ihm gegenüber und für seinen Antheil anfechtbar [14].

Greift weiter die Anfechtung auch bei Verträgen Platz, die Namens eines Verwandten ein Fremder schließt? Wenigstens für die Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten, einen Vormund wird die Antwort auf diese Frage recht zweifelhaft sein, da in diesem Falle der persönliche Konnex der Verwandtschaft auf den Abschluß des Vertrages mehr oder minder einflußlos ist, und weder Sachkenntniß noch Sachinteresse ohne Weiteres von dem Vertretenen auf den Vertreter übergeht. Die einfachste Lösung wäre, den Einfluß entscheiden zu lassen, welchen in jedem einzelnen konkreten Fall das Verwandtschaftsverhältniß auf den Vertragsabschluß hat. Dies paßt

---

12 Vgl. § 23 Nr. 5.

13 So auch für die „Genossenschaft“ Hartmann 58; bezüglich eingetragener Genossenschaften wohl nicht mit Recht.

14 Den andern Sozien gegenüber bleibt der Vertrag giltig. Ueber die Komplikationen, die daraus entstehen, vgl. unten § 58 Nr. 2 flg.

jedoch zu der Kasuistik des Gesetzes nicht; diese zwingt vielmehr dazu, sich gleichmäßig für alle möglichen Fälle in dem einen oder dem andern Sinne zu entscheiden. Von diesem Gesichtspunkt aus wird man bei der prinzipiellen Gleichstellung des Vertragsabschlusses in eigener Person und durch Stellvertreter die hier aufgeworfene Frage allgemein bejahen und die Anfechtung auch dann zulassen, wenn Namens der Verwandten ein Fremder kontrahirt hat, welcher das kritische Verwandtschaftsverhältniß vielleicht gar nicht einmal kannte[15].

Indirekte Zuwendungen endlich, die ein Verwandter des Schuldners, etwa als stiller Gesellschafter, Aktionär, commis intéressé, bei einem Vertrage mit dem Inhaber des Geschäfts oder mit der Aktiengesellschaft erhält, unterliegen als solche regelmäßig der Anfechtung nicht, da auch hier der Verwandte nicht Vertragspartei ist.

Kapitel vier.

Anfechtung der unentgeltlichen Verfügungen.

I. Schenkung und unentgeltliche Verfügung.

§ 26.

Anfechtbar[1] sind die unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners, die innerhalb einer ein- und in einem Falle innerhalb einer zweijährigen

---

[15] Vgl. § 14 zu Note 3.

[1] Bezüglich der Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen herrscht die größte Mannigfaltigkeit der Bestimmungen in den verschiedenen Rechten. Nur fraudulose Schenkungen sind anfechtbar in Oesterreich (B.G.B. 953), der deutschen Schweiz (Züricher privatrechtl. Gesetzb. 1019 flg.), sowie in Nord-Amerika s. 35, endlich außerhalb des Konkurses in Frankreich (Zachariä II. 263 und Note) und in Italien (cod. civile 1235), Spanien u. s. f. Nur Schenkungen von Immobilien nach dem ursprünglichen code de commerce und der Badischen Prozeßordnung 723; alle Schenkungen nach der Zahlungseinstellung ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Gegners, Argentinisches Handelsgesetzb. 1540; alle Schenkungen, die in den kritischen zehn, vierzehn u. s. f. Tagen — vgl. § 36 Nr. 1 — abgeschlossen sind: code de commerce 1838, Art. 447, Niederl. 775, Italien 707, Portugal 1135, Chile 1373, Bayern 1222, Württ. E. G. 51. In Spanien (codigo di comercio 1039, 1040; auch Bolivia 516 flg.) alle Schenkungen von Immobilien binnen 30 Tagen vor der Konkurseröffnung, und alle andern Schenkungen auch von beweglichen Sachen, welche nach der letzten Bilanz des Schuldners, sofern diese mit einem Ueberschuß der Passiva abschloß, gemacht sind. Letztere Bestimmung auch in Brasilien 827. England 1869, s. 91: die Schenkungen eines Gewerbtreibenden innerhalb zweier

Frist von der Konkurseröffnung bez. von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs an gerechnet vorgenommen sind — K.O. § 25[12]. A.G. § 3[34].

Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist nicht zweifellos. Zwar die nächstliegende Deutung, als sei er auf den vollständigen Mangel einer Gegenleistung zurückzuführen, wird unbedenklich abzulehnen sein. Man denke nur an die Schenkung, die unter einer Auflage erfolgt, man denke an einen Vertrag, bei dem die Gegenleistung dem Werthe nach in solchem Mißverhältniß zu der Hauptleistung steht, daß die erstere schlechterdings nicht als das Entgelt für die letztere aufgefaßt werden kann. Beide Beispiele beweisen zur Evidenz, daß nicht jede Gegenleistung Entgelt ist, und also auch aus dem Vorhandensein einer Gegenleistung noch nicht auf die Entgeltlichkeit der Hauptleistung zu schließen ist. Umgekehrt würde es aber, während jene erste Definition zu weit gefaßt ist, zu eng sein, nur eine solche Gegenleistung Entgelt zu nennen, die ihrem objektiven Werthe nach ein Aequivalent der Hauptleistung ist. Denn die konkreten und individuellen Bedürfnisse und ebenso das reine Affektionsinteresse sind für die Werthbestimmung beider Leistungen ebenso wichtig wie der durchschnittliche Markt- und Tagespreis derselben und sind doch einer sichern Schätzung seitens eines Dritten nicht fähig. Deshalb ist aber die Frage, ob der auf diesen sämmtlichen Faktoren beruhende wirkliche Werth zweier Leistungen objektiv sich ausgleicht, so problematisch, daß der Begriff der Unentgeltlichkeit von ihr nicht abhängig gemacht werden kann. Unser heutiges wirthschaftliches Leben basirt geradezu darauf, daß das wirklich maßgebende Werthverhältniß der Güter stets relativ und subjektiv bleibt, und daß der Verkehr bei zweiseitigen Geschäften vielfach trotz der größten Differenz in dem objektiven — oder, wenn man will, durchschnittlichen — Werth von Haupt- und Gegenleistung keinen der Betheiligten als bevorzugt oder als mehr belastet anerkennt. Die günstige Position des einen, die ungünstige des andern mag sich noch so wirksam zeigen, die ineinandergreifenden Faktoren des wirthschaftlichen Lebens mögen den Preis einer Leistung im einzelnen Falle noch so sehr über oder unter den durchschnittlichen Werth derselben treiben, dennoch kann der Verkehr die freie Ausbeutung dieser Chancen nicht missen. Wenn also der Verkehr für die unentgeltlichen Geschäfte die Anfechtung leichter zuläßt und, indem er so für dieselben sich mit einer Sicherung minderen Grades begnügt, sie gleichsam als außerhalb des Rahmens des wirthschaftlichen Lebens stehend ansieht, so kann sicher die bloße objektive Werthdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht das maßgebende und charakteristische

---

Jahre vor der Zahlungseinstellung schlechthin und innerhalb zehn Jahren, sofern der Schenker damals nicht erweislich solvent war; endlich die Schenkungen an Kinder und nach der Eheschließung an den Ehegatten. Dänemark 26 flg. endlich stimmt mit dem jetzigen Reichsrecht überein. Ueber Preußen vgl. unten Note 7 und § 27[2].

Moment für den Begriff des unentgeltlichen Geschäftes sein. Der Sprachgebrauch fühlt dies vollkommen durch: denn Niemand nennt ein Geschäft unentgeltlich, bei welchem eine so gut wie werthlose Waare zu hohem Preise gekauft wird, sobald die Parteien sich im Irrthum über die Werthlosigkeit der Waare befanden.

Daraus folgt aber, daß der Begriff der Unentgeltlichkeit wesentlich subjektiv zu fassen ist. Die Parteiintention allein ist es, die für ihn maßgebend ist: die Auffassung der Betheiligten darüber, ob der Hauptleistung eine Gegenleistung zur Seite steht, durch welche die erstere dem Werthe nach ausgeglichen wird. „Entgelt" ist also diejenige Leistung, die eine andere Leistung als ihr Aequivalent dem Werthe nach auszugleichen bestimmt ist, und unentgeltlich ist nur das Geschäft, bei dem die Betheiligten eine Gleichstellung von Leistung und Gegenleistung überhaupt gar nicht beabsichtigen[2].

In dieser Weise subjektiv bestimmt nähert sich das unentgeltliche Geschäft der Schenkung, für welche ja auch in ganz ähnlicher Weise die Parteiintention, der animus donandi, maßgebend ist, und daß die Schenkung weitaus den wichtigsten Fall der unentgeltlichen Geschäfte bildet, ist so wie so zweifellos. Nur darf man beide Begriffe nicht identifiziren. Anscheinend neigen sich allerdings die Motive und mit ihnen die herrschende Ansicht[3] der Identifizirung zu.[4] Die Folge dieser Auffassung wäre, daß eine unentgeltliche Verfügung nur dann vorläge, wenn der Gebende cum animo

---

[2] Daß das objektive Werthverhältniß sekundär für den Begriff immer noch von großer Bedeutung ist, wird durch obige Definition natürlich nicht bestritten. Vgl. unten Nr. 1 und § 27. 2c.

[3] Freigebige und unentgeltliche Verfügung identifiziren Dernburg 325, Eccius 613[54], Fitting 147[10], Völdernorff 1[304] flg., Jäckel 95, im Wesentlichen, was den animus donandi angeht, auch Petersen 144. Vgl. auch die nächste Note. Dagegen Korn 39, dessen eigene Definition freilich wenig befriedigend ist. Unsrer Auffassung am nächsten kommt Hullmann's Definition S. 147[1]: „entgeltlich sind alle Verfügungen, wenn und soweit sie eine Leistung zum Gegenstande haben, die zum Zweck einer Gegenleistung erfolgt." Gegen die subjektive Wendung des Entgeltlichkeitsbegriffes hat sich Eck, Jenaer Lit.-Ztg. 1874, 589 erklärt.

[4] Mot. 136. Und zwar wollen die Motive hierbei die Schenkung nach positivem bürgerlichem Recht, also einschließlich der vielfachen Anomalieen und Kontroversen desselben bestimmt wissen, als ob wirklich ein so eminent thatsächlicher Begriff wie der des Entgelts aus positiven Gesetzen und nicht vielmehr einfach aus der Anschauung des Lebens, aus den faktischen Verhältnissen abzuleiten wäre. Dennoch stimmt damit die herrschende Meinung im Wesentlichen überein: Wengler 223, Stieglitz 154, Fuchs 52, Jäckel 93. Auf die Formulirung eines selbständigen Begriffes der Schenkung nach Reichsrecht drang zuerst Otto 132 f., und ihm folgt Wilmowski 170. Bezüglich unserer Terminologie s. aber S. 1.

donandi handelte, d. h. mit seiner Zuwendung den Zweck[5] verfolgte, den Empfänger zu bereichern. Eine solche Einschränkung des Begriffes heißt aber einen Gedanken in das Gesetz hineintragen, welchen dieses in keiner Weise andeutet. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt es vielmehr, wenn die Parteien thatsächlich ohne Entgelt disponiren, ohne daß es auf ihre Zwecke, ohne daß es darauf ankommt, ob der Empfänger durch die Zuwendung bereichert oder die Gläubiger des Gebers geschädigt oder der Empfänger dem Geber moralisch verpflichtet oder sonst ein anderweiter spezieller Erfolg der Zuwendung erzielt werden soll. Auch fehlt es an jedem inneren Zusammenhange zwischen dem eigentlichen Schenkungsbegriff und den Zwecken des Anfechtungsrechtes. Vom Standpunkt der Gläubiger aus gesehen unterscheidet sich namentlich die Absicht, den Empfänger der Zuwendung zu bereichern, durchaus nicht wesentlich von jeder andern die unentgeltliche Verfügung leitenden Absicht des Schuldners, und ebensowenig verdient der Empfänger um dieser Absicht des Gebers willen eine ungünstigere Behandlung. Endlich ist die Identifizirung auch historisch nicht gerechtfertigt. Denn sowohl das römische Recht wie spätere Gesetze[6] haben nicht blos die Schenkungen, sondern auch jeden andern Erwerb ex lucrativo titulo einer besondern Anfechtung unterworfen, für welchen natürlich der Schenkungswille ohne Bedeutung ist; und wenn das preußische und bayrische Gesetz[7] abweichend nur die freigebigen Verfügungen in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit auszeichnete, so beweist der Umstand, daß die Reichsgesetze dem Ausdruck „freigebig" den Ausdruck „unentgeltlich" substituirt haben, unzwei-

---

[5] Denn der animus donandi bedeutet nicht blos die Absicht, den Andern zu bereichern, in dem Sinne, daß Absicht und Bewußtsein, wie wir es oben für die paulianische Anfechtung gezeigt, denselben Begriff bedeuten. Animus donandi liegt vielmehr nur dann vor, wenn die Absicht der Bereicherung sich als die charakteristische, für das Geschäft maßgebende, als die „erste" Absicht des Schenkers darstellt. So Windscheid § 365. Dies wird freilich oft verkannt, — vgl. Seuff. 11[66], 26[96] — und dadurch allerdings der Begriff der Schenkung dem des unentgeltlichen Geschäftes sehr nahe gebracht. Auch Savigny's Ausdruck — System 4[86] — „der Wille der Bereicherung müsse in der Reihe der Zwecke des Handelnden liegen", ist in diesem Sinne nicht erschöpfend.

[6] l. 5 C. h. t. England 1869 s. 91 (a settlement, not being made . . . for valuable consideration), code de comm. 446, cod. civ. ital. 1235 (atti a titulo gratuito im Gegensatz zu atti a titulo oneroso); ebenso cod. di comm. ital. 707, Spanien cod. de com. 1039 („enajenaciones hechas a titulo gratúito"; allerdings 1040: „donaciones entre vivos"), Portugal 1135 (actos feitos pelo quebrado á titulo gratuito). Die Theorie identifizirt aber auch z. B. in Frankreich unentgeltliche Verfügung und Schenkung. Alauzet, comment. du c. de comm. VI Nr. 2500. Pardessus, cours du droit commerc. III Nr. 1138.

[7] Preußen 102, Bayern 1222, auch Lüb. 31, Brem. 39, Württ. E. G. 51 u. noch Entw. I. 31.

deutig, daß der engere Begriff der beiden letztgenannten Gesetze zu Gunsten eines weiteren Begriffes hat aufgegeben werden sollen[8].

Ebenso ist festzuhalten, daß der bekannte Unterschied des wohlthätigen und lästigen Geschäftes — ex causa lucrativa und ex causa onerosa — zwar, wie erwähnt, für das Anfechtungsrecht anderer Länder von Bedeutung gewesen ist, daß er dagegen für das Reichsrecht nicht als maßgebend erscheint, weil er sich mit dem Begriffe der Unentgeltlichkeit nicht vollständig deckt. Denn es gibt zahlreiche und im praktischen Leben häufig vorkommende Fälle, in welchen einer Zuwendung eine belastende Gegenleistung von der erheblichsten Tragweite gegenübersteht, ohne daß der Gedanke, beide gegenseitig als Aequivalent zu einander aufzufassen, auch nur entfernt auftauchte, ohne daß also das entschieden „lästige“ Geschäft als „entgeltlich“ zu qualifiziren wäre. Namentlich die Fälle der Ausstattung, soweit das Verhältniß zwischen Schwiegervater und Schwiegersohn in Frage kommt, ebenso aber auch andre Zuwendungen zum Zwecke der Eheschließung gehören zu dieser Kategorie[9].

Danach gestalten sich die Voraussetzungen eines unentgeltlichen und beziehentlich entgeltlichen Geschäftes im Einzelnen wie folgt.

a) Objektiv ist entscheidend, ob der Leistung des Schuldners eine Gegenleistung zur Seite steht, welche an sich geeignet ist, der ersteren dem Werthe nach als Ausgleich zu dienen. Denn allerdings hängt der Ausgleich schließlich von der Intention der Parteien ab. Aber er ist damit noch nicht von jeder objektiven Unterlage losgelöst, und niemals darf im Streitfall, sei es daß der Inhalt der Parteiabsichten an sich streitig ist, sei es daß nur die Ernstlichkeit derselben in Frage kommt, der Wortlaut der Parteiberedungen allein entscheidend sein. Kommen aber als Beweismittel für die Absichten der Parteien maßgebend die Motive in Betracht, welche für die Parteien bestimmend waren, so ist auch, als das hauptsächlichste Motiv der Parteien, genau zu prüfen, ob überhaupt nach der Auffassung des Verkehrs die streitige Gegenleistung als Aequivalent der anzufechtenden Zuwendung des Schuldners aufgefaßt werden konnte. Von diesem Gesichtspunkt aus werden namentlich solche Leistungen nicht als Entgelt aufzufassen sein, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, und bei denen also

---

[8] Die preußische Terminologie erklärt sich einfach daraus, daß das Landrecht seine wenigen Anfechtungsregeln überhaupt an bestimmte einzelne Rechtsinstitute anlehnte und deshalb ganz natürlich zu einer besondern Anfechtung für Schenkungen kam. Dies wirkte dann indirekt auch bei den späteren preußischen Gesetzen nach.

[9] Vgl. § 28 Nr. 10. — Eine prinzipielle Erörterung des Begriffs der Unentgeltlichkeit, wie sie hier versucht ist, fehlte bis jetzt; die Definition des Begriffs wurde meist nur mit Rücksicht auf die einfachsten und häufigst wiederkehrenden Fälle aufgestellt, erwies sich aber gerade deshalb für alle komplizirteren Fälle, für welche sie doch allein von Werth sein konnte, als unanwendbar.

von einem Werthausgleich unter einander oder mit Vermögensleistungen nicht die Rede sein kann[10].

b) Entgelt ist nur eine Gegenleistung, die der Empfänger[11] der Zuwendung giebt. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen: denn es wäre eine Anomalie, wenn der Empfänger sich auf die Verhandlungen zwischen dem Geber und einem Dritten — eine res inter alios acta — berufen und hieraus Einwendungen für sich herleiten dürfte. Es folgt dies aber ebenso aus der speziellen Natur dieses Falles der Anfechtung, da für denselben nicht die Stellung des Gebers, sondern die des Empfängers entscheidend ist, und von diesem aus gesehen die Leistung des Schuldners unentgeltlich ist, auch wenn dem letzteren von dritter Seite her ein Entgelt thatsächlich zugekommen ist. Praktisch ist dies nicht unwichtig. Denn es wird dadurch bei Stipulationen zu Gunsten Dritter, die doch oft, etwa bei Gelegenheit eines Gutsverkaufs, ein Geschenk beider Kontrahenten zu Gunsten dieses Dritten darstellen, die schwierige Frage erledigt, ob und zu welchem Theile gerade der Schuldner als Schenker anzusehen ist[12]. Ebenso wird die Möglichkeit der Anfechtung für Zuwendungen gewahrt, die der Schuldner zur Erfüllung einer Bedingung, condicionis implendae causa, insbesondere bei einem Vermächtnißerwerbe gemacht hat. Denn sofern sich hier das Vermächtniß für die Gläubiger als kaum verwerthbar herausstellt, wäre es eine ungerechtfertigte Erschwerung der Anfechtung, wenn das Geschäft als entgeltlich anzusehen, und deshalb dem Empfänger, der doch eben lediglich bereichert wird, die Kenntniß einer dolosen Absicht des Schuldners nachzuweisen wäre.

c) Entgelt ist der Regel nach nur diejenige Gegenleistung, welche die andere Partei, von der die Hauptleistung ausgegangen ist, erhält[13]. Denn mag auch an sich die Gegenleistung, die einem Dritten gemacht wird, eine erhebliche Belastung für denjenigen enthalten, der sie vorzunehmen hat, so ist sie darum für den andern Theil noch kein Ersatz für die eigene Leistung, sein Interesse an der Belastung des Andern ist vielmehr zunächst ideeller Natur und deshalb der Regel nach nicht geeignet, wirklich als Aequivalent für die eigene reelle Leistung zu dienen. Deshalb ist ein Geschäft, bei welchem der Empfänger einer Zuwendung nur eine Gegenleistung an einen

---

[10] Vgl. die Beispiele der beiden folgenden Paragraphen.

[11] Oder natürlich ein Vertreter desselben oder jemand, der für Rechnung des Empfängers leistet. Anders die englische Praxis, Robson 516.

[12] Vgl. den Rechtsfall, Strieth. 10[122], wo ein Ausgedinge, welches einer Ehefrau vom Manne in einem Vertrage mit einem Dritten stipulirt ist, der Anfechtung entzogen wird.

[13] Auch hier natürlich von dem Falle abgesehen, wo die dem Dritten gemachte Leistung materiell eine Leistung an den Mitkontrahenten ist.

Dritten übernimmt, meist nicht entgeltlich, und fällt vielmehr unter die bereits von den Römern mit großer Schärfe hervorgehobene Kategorie der Schenkung sub modo [14]. Indeß kann hier im einzelnen Fall die Parteiintention dennoch auf ein ernstliches Entgelt gegangen sein.

d) Die Gegenleistung muß auch rechtlich als Entgelt der Hauptleistung zum Ausdruck kommen: beide Leistungen müssen sich gegenseitig bedingen, derart, daß die eine aus der andern als Rechtspflicht folgt oder aber durch den Fortfall der einen Leistungspflicht rechtlich auch die andere in Fortfall kommt. Es scheiden danach gegenseitige Schenkungen aus dem Bereich der entgeltlichen Geschäfte aus, soweit sie sich nur thatsächlich ausgleichen sollen [15], ebenso auch die remuneratorischen Schenkungen [16].

Dagegen darf nicht als selbständiges Moment, welches der Unentgeltlichkeit wesentlich ist, weiter die Freiwilligkeit der Handlung genannt werden [17]. Denn einerseits darf der Beschenkte die Unentgeltlichkeit eines Geschäfts nicht durch eine Art exceptio de iure tertii um deshalb verneinen, weil der Schuldner einem Dritten gegenüber zu der Schenkung verpflichtet war. Andrerseits liegt aber, soweit dies Erforderniß anzuerkennen ist, dasselbe bereits in dem Begriff der Unentgeltlichkeit als solcher. Denn der zu einer Zuwendung Verpflichtete befreit sich eben durch die Leistung seiner Schuld von der Verpflichtung, und die Annahme seitens des Gläubigers, als Quittung aufgefaßt, steht einer Gegenleistung desselben virtuell gleich [18]. Nur diese Auffassung führt auch zu einer richtigen Würdigung der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausstattung und ähnlicher Verbindlichkeiten. „Freiwillig" sind diese, soweit sie auch nur im Geringsten das gesetzliche Maß übersteigen und würden deshalb nach der hier bekämpften Auffassung bezüglich dieses Ueberschusses strenger anfechtbar sein, als Verträge, die Veräußerungen zu Spottpreisen enthalten und dadurch doch nicht unentgeltlich werden. Die einfache Gerechtigkeit zwingt dazu, auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit einer Vertragsschließung analog zu behandeln, d. i. die Leistung z. B. der Ausstattung als selbständiges entgeltliches Geschäft aufzufassen, und als Maßstab für die Größe der Ausstattung nicht den Buchstaben des Gesetzes, sondern zunächst die freie Auffassung der Betheiligten gelten zu lassen.

---

[14] A. M. Hullmann 147[1]. 148[1], der die Gegenleistung, die ein Fremder empfängt, allgemein für ausreichend hält und nur die Anfechtung gegen den Fremden zuläßt.

[15] So auch Jäckel 98. A. M. Wilmowski 171, Hartmann 62.

[16] Vgl. § 28 Nr. 2.

[17] A. M. Wilmowski 170.

[18] Dies wird am klarsten durch den Gegensatz der Fälle, in denen es zu einer Quittung nicht kommt, z. B. bei der Zahlung an einen Handlungsunfähigen.

II. Voraussetzungen der Anfechtung. Negotium cum donatione mixtum.

§ 27.

1. Spezielle Voraussetzungen.

a) Außer den allgemeinen Bedingungen der Anfechtung sind in objektiver Beziehung spezielle Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Verfügungen nicht aufgestellt. Es liegt deshalb auch ein Grund nicht vor, das Wort „Verfügung" in einem andern Sinne als „Rechtshandlung" zu deuten, und es ist danach die Anfechtung nicht etwa blos auf unentgeltliche „Rechtsgeschäfte" einzuschränken[1]. Dagegen ist der Anfechtung eine Schranke insofern gesetzt, als ihr nur Handlungen unterworfen sind, die im letzten Jahre[2], oder wenn der Ehegatte des Schuldners der Bedachte ist, die in den letzten zwei Jahren[3] vor dem oben bezeichneten kritischen Zeitpunkte vorgenommen sind. Daß dagegen der Schuldner zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung bereits insolvent war, ist nicht erforderlich.

b) In subjektiver Hinsicht ist der Anfechtung der unentgeltlichen Verfügungen eine Schranke insofern gesetzt, als ein Rechtsakt des Schuldners, nicht aber auch einer des Gegners gesetzlich erfordert ist[4]. Selbst daß dem Gegner ein Recht nicht zustand, der Vornahme der Handlung zu widersprechen, und daß ihm also nicht einmal ein Dulden der Handlung vorgeworfen werden kann, schließt die Anfechtung nicht aus. Deshalb unterliegt namentlich die Bezahlung von Schulden des Anfechtungsgegners durch den Schuldner, der Verzicht desselben auf eine Erbschaft zu Gunsten des Nacherben, die thatsächliche Verwendung in fremde Sachen[5] der Anfechtung, und auch Unterlassungen des Schuldners zum Vortheil des Gegners sind ihr nicht entzogen.

2. Negotium cum donatione mixtum. Das Gesetz erklärt für anfechtbar „unentgeltliche" Verfügungen. Dadurch ist mit voller Be-

---

1 A. M. Fitting 147[10].

2 Die Gesetze, welche nur dolose Schenkungen für anfechtbar erklären, und früher auch England sowie Preußen bei Schenkungen an den Ehegatten — hatten eine besondere Frist nicht gesetzt. Jetzt hat England eine Frist von 10 bez. 2 Jahren, Rußland 1932: 10 Jahre, Bayern gegenüber dem Ehegatten und Preußen hatte 2 Jahre, Dänemark K.O. § 26 flg. 1 Jahr, Holland § 776 120 bez. 60 Tage, Portugal 40 Tage, Spanien 30, Bayern 14, Württ. 30 Tage, Frankreich, Italien, Chile u. s. f. 10 Tage. Bei Geschenken an Verwandte haben Niederlande und Chile eine Frist von 120 Tagen. Der Anfangstag der Frist ist sehr verschieden bemessen; vgl. § 36 Anm. 1 und § 26 Anm. 1.

3 Ueber die Fristen anderer Gesetze vgl. § 29 Note 20.

4 R.O.H.G. 5[45].

5 Sobald sie „Rechtshandlungen" sind, also irgendwie rechtliche Wirkungen hervorbringen.

stimmtheit ausgesprochen, daß auch solche Geschäfte, die nur gegen geringes, objektiv unzureichendes Entgelt geschlossen worden, der Anfechtung nicht unterliegen. Dem gegenüber ist also der Satz des preußischen Rechts, daß lästige Geschäfte lediglich wegen des zwischen Leistung und Gegenleistung obwaltenden erheblichen Mißverhältnisses als freigebige Verfügungen zu erachten und deshalb anfechtbar seien, in dieser Allgemeinheit beseitigt; und auch das vom Reichsoberhandelsgericht ausgesprochene Prinzip, eine Leistung sei schon dann Liberalität, wenn der Leistende sich bewußt sei, daß der von ihm gemachten Zuwendung weder ein entsprechendes Recht noch eine entsprechende Gegenleistung des Empfängers gegenüberstehe, für das Anfechtungsrecht nicht mehr maßgebend [6].

Je schärfer aber dieser Gedanke festzuhalten ist, desto genauer ist im einzelnen Falle die Frage zu erörtern, ob ein Entgelt wirklich vorliegt; und es sind deshalb eine Reihe von Rechtshandlungen speziell zu untersuchen, bei denen die Antwort auf diese Frage zweifelhaft sein kann. Daß es sich dabei um recht verschiedene Fälle handelt, ergiebt sich von selbst, und ebenso liegt auf der Hand, daß die Gruppe dieser Rechtshandlungen nicht etwa ein Institut von selbständigem juristischen Inhalt, sondern lediglich eine äußerliche Zusammenstellung in sich verschiedener Geschäfte enthält. Diese Geschäfte, die man von dem wichtigsten Falle als negotium cum donatione mixtum bezeichnen kann, unterliegen deshalb auch keiner einheitlichen Behandlung [7]. Auch darf man dieselben nicht mit den Motiven durch ihre Bestimmung, eine beabsichtigte Schenkung zu verdecken, charakterisiren wollen [8]. Daß dies Moment von der allergrößten Bedeutung,

---

[6] R.O.H.G. 5[45]. Vgl. aber l. 31 § 3 D. 24,1: sine dubio licet (uxori) a viro minoris emere, si non sit animus donandi; ein Satz, der mindestens analog auf unsre Frage paßt. — Italien c. di comm. 709 spricht gegen alle Kontrakte, bei denen Leistung und Gegenleistung zum Nachtheil des Schuldners „notevolmente" im Werthe differiren, die Präsumtion des Dolus aus, erklärt sie aber nicht für unentgeltliche Verfügungen. Aehnlich Belgien 445.

[7] Ueber den Umfang ihrer Anfechtbarkeit vgl. unten § 45 Nr. 6 i. f.

[8] Mot. 136. Aehnlich sagte Entw. I § 30: „Verfügungen, welche der Gemeinschuldner unentgeltlich oder gegen ein scheinbares Entgelt vorgenommen hat". Damit stimmt auch die bisherige Praxis und Theorie überein, nur daß neben den Scheingeschäften noch etwa gewisse im bürgerlichen Recht entwickelte Kategorieen von Verfügungen erwähnt werden, wie z. B. die donatio sub modo. Vgl. Budde und Schmidt, Entsch. des O.A.G. Rostock 6[154] (wo Stellen wie l. 5 § 5, l. 31 § 3 D. 24,1 einfach für Singularitäten des positiven Rechts erklärt werden), Wilmowski 170. Etwas anders Seuff. 16[273]. 26[96], R.O.H.G. 5[45]. Der folgenden Ausführung nahe kommt Petersen 145, der die Anfechtung überall zuläßt, wo „nicht ein voller Entgelt beabsichtigt" ist. Im Resultat stimmt auch Sarwey 152 Aufl. 1. mit unsrer Auffassung überein.

und die Kategorie von Geschäften, bei denen ein Entgelt nur simulirt wird, einen der häufigsten Fälle des Scheingeschäfts bilden, soll freilich nicht in Abrede gestellt werden. Daneben giebt es aber auch Geschäfte, bei denen der Empfänger einer Zuwendung zu Gegenleistungen verpflichtet wird, die zwar nicht Entgelt, aber auch nicht im Mindesten simulirt oder in der Absicht einer Verdunkelung der Sachlage aufgestellt sind.

Wir unterscheiden danach folgende Fälle:

a) Der Empfänger übernimmt eine Gegenleistung nur zum Schein; d. h. er wird überhaupt ernstlich gar nicht verpflichtet, die Leistung zu machen. Dies ist der einfachste, aber auch praktisch der seltenste Fall, an den die Motive aber zunächst allein gedacht haben. Er ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Simulation zu behandeln und liegt nicht schwieriger wie sonst ein Scheinvertrag.

b) Die Gegenleistung ist an sich ernstlich gemeint; aber sie wird nur zum Schein gerade als Gegenleistung einer Zuwendung des Schuldners gegenübergestellt, ist also nicht ernstlich von dieser abhängig gemacht. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Gegenleistung dem Schuldner schon anderweit verschuldet war, also das erneute Versprechen derselben für ihn zunächst ohne Werth ist. Ebenso wenn die Leistung des Anfechtungsgegners schon vollzogen war, ohne daß aus ihr ein Anspruch auf Lohn entstand, und sie nun dennoch der belohnenden Schenkung, die in Wahrheit durchaus freiwillig erfolgt, als Gegenleistung gegenübergestellt wird. Auch hier sind einfach die Grundsätze über Simulation entscheidend.

c) Die Gegenleistung ist ernstlich verabredet und ernstlich in rechtlichen Zusammenhang mit der Hauptleistung des Schuldners gebracht, ist aber nicht — oder nicht ernstlich — als Entgelt derselben gemeint, d. h. ihr Werth wird nicht in Beziehung zu dem Werth der Zuwendung des Schuldners gebracht und beide gegenseitig ausgeglichen. Hier liegt die eigentliche und eigenthümliche Schwierigkeit der ganzen Frage, und hier ist namentlich die Beurtheilung vom Standpunkt der Simulation aus durchaus nicht immer zureichend. Vielmehr ist von dem gewöhnlichsten Falle auszugehen, daß die Parteien sich über die Natur der Gegenleistung überhaupt nicht oder doch nicht unzweideutig ausgesprochen haben. Es tritt alsdann die freie Würdigung der Parteiintentionen ein, derart, daß diese aus dem objektiven Werthverhältnisse beider Leistungen an sich, aus den persönlichen Beziehungen der Betheiligten zu einander, aus dem äußeren Anlaß des Geschäfts, aus den begleitenden Umständen ermittelt werden. Als Beispiele von Geschäften, bei denen Entgeltlichkeit nicht anzunehmen ist, nennen wir folgende, die zum Theil bereits erwähnt worden sind. Die Gegenleistung hat überhaupt oder mit Beziehung auf die betheiligten Personen keinen wirthschaftlichen Charakter und erscheint also auch nicht als Werthobjekt, wie etwa die Gestattung einer Adoption oder der Abschluß einer Ehe, die

durch eine Zuwendung vermögensrechtlicher Art veranlaßt sind. Die Gegenleistung ist ferner der Art und dem Werthe nach von der Hauptleistung so verschieden, daß eine Ausgleichung beider präsumtiv ausgeschlossen erscheint, etwa dann, wenn der Onkel dem Neffen seine Kutschpferde unter der Verpflichtung überläßt, daß letzterer die zugehörige Kutsche zu einem gangbaren Preise verkaufe. Die Gegenleistung hat endlich für den Empfänger ein selbständiges Interesse nicht, sondern bezweckt nur einen Nachtheil, der ihm gerade durch die Vornahme seiner eigenen Leistung entstehen kann und die er einfach durch Unterlassung derselben vermeiden würde, auszugleichen; so etwa dann, wenn der Empfänger der Schenkung sich verpflichtet, die Notariats- und Stempelkosten zu zahlen und den Geschenkgeber von seiner bezüglichen Verbindlichkeit zu befreien.

Anders steht es, wenn die Parteien ausdrücklich oder sonst erkennbar die Gegenleistung als Entgelt bezeichnet haben. Dann läßt sich dem, wie schon betont, nicht mit der Behauptung begegnen, daß Leistung und Gegenleistung dem Werthe nach nicht gleich, und vielmehr zwischen beiden ein „erhebliches Mißverhältniß“ obwalte. Vielmehr läßt sich eine solche Entgelt-Abrede nur vom Standpunkt der Simulation beseitigen, d. h., es ist dagegen nicht die Einrede der objektiven Unangemessenheit des Entgelts, sondern nur der völlig verschiedene Einwand zulässig, daß auch die Parteien ihn in seiner Totalität nicht ernstlich für einen Werthausgleich erachtet haben. Hierfür ist zwar selbstredend die objektive Unangemessenheit des angeblichen Entgelts ein sehr erhebliches Indiz, aber darum noch lange nicht ein wirklicher Beweis. Beweisen würde sie die Simulation nur dann, wenn etwa gleichzeitig die Möglichkeit, in concreto einen besseren Preis zu erzielen, festgestellt wird, oder wenn die Intention der Parteien, etwa ein wirklich freigebiges Geschäft abzuschließen, aus den persönlichen Beziehungen zwischen ihnen positiv glaubhaft gemacht wird. Es darf eben nicht aus den Augen gelassen werden, daß es nie, und am wenigsten in der Nothlage, in welcher ein Geschäftsmann sich zu befinden pflegt, der seiner Insolvenz entgegengeht, an Gründen fehlt, welche das gewöhnliche Werthverhältniß völlig zu verschieben geeignet sind. Es mag alsdann sehr wucherisch sein, solche Chancen rücksichtslos auszubeuten und etwa die Geldnoth eines Kaufmanns zu benutzen, um ihm seine Waaren unter dem Werth zu bezahlen. Die Konkursordnung ist aber kein Wuchergesetz, und es fehlt deshalb von ihrem Standpunkt aus an einem Grunde, für solche Geschäfte durch ihre Einordnung in die Kategorie unentgeltlicher Verfügungen eine besondere Anfechtung einzuführen.

d) Die Gegenleistung soll zwar ernstliches Entgelt, nicht aber Entgelt für die Leistung des Schuldners in ihrer Totalität sein. Am klarsten ist das Sachverhältniß, wenn es sich hierbei um selbständige Rechtsgeschäfte handelt, die nur formell in einem Akte verbunden sind, wie bei einem

Grundstückskauf unter unentgeltlicher Ueberlassung des todten und lebenden Inventars. Schwieriger ist es, sobald ein juristisch nicht theilbares Geschäft in Frage ist. Aber auch hier ist festzuhalten, daß die Unmöglichkeit strenger juristischer Trennung nicht für die wesentlich wirthschaftliche Frage der Entgeltlichkeit entscheidend sein kann, sondern daß der Begriff eines wirklich gemischten, d. h. theils entgeltlichen, theils unentgeltlichen Geschäftes sehr wohl denkbar und praktisch sogar von erheblicher Wichtigkeit ist. Es scheidet die Verkehrsanschauung vielfach sogar gewohnheitsmäßig in Geschäften, die juristisch eine Einheit bilden, wirthschaftlich verschiedene Momente, derart, daß es bei einem solchen Geschäfte ein Entgelt in Beziehung auf jedes einzelne dieser Momente verlangt. Insbesondere beim Darlehn wird die Uebertragung des Eigenthums und Besitzes am Gelde als das eine bei einer Reihe ganz verschiedener Geschäfte gleichmäßig wiederkehrende Moment und die Belassung des Eigenthums zum Zwecke der Nutzung auf kürzere oder längere, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit als das zweite selbständige Moment ausgeschieden. Das Versprechen der Rückgabe des Kapitals mag also immerhin, sobald man erwägt, daß der Darlehnsnehmer die Gefahr der geliehenen Sachen trägt, eine Gegenleistung von erheblichster Art sein, und das Darlehn ist schon deshalb als ein oneroses Geschäft anzusehen. Dennoch aber bezeichnet der Verkehr ein Darlehn ohne Zinsversprechen nicht als billig, sondern als unentgeltlich. Nach der Verkehrsauffassung ist also die Rückgabe im Allgemeinen ein Entgelt nur für die formelle Eigenthumsübertragung, nicht aber auch dafür, daß der Darlehnsnehmer das geliehene Geld eine Zeitlang behalten darf, und der Gläubiger es nicht sofort wieder zurückfordert. Aber auch für ein Geschäft, das wirthschaftlich nicht in dieser Weise zu scheiden ist, kann ein nur theilweises Entgelt ausbedungen werden, etwa wenn ein Grundstück verschenkt wird, und der Empfänger nur die Auslagen für die noch in Bau begriffenen Anlagen oder die kurz zuvor verlegten Abgaben für das laufende Steuerjahr zu erstatten übernimmt, wenn bei dem Verkauf einer solventen Erbschaft der Kaufpreis lediglich in der Uebernahme der Nachlaßschulden besteht, wenn endlich die Hälfte des ausgeworfenen Kaufpreises schon im Vertrage dem Käufer als freiwillige Vergütung auf geleistete Dienste oder als Zahlung auf nicht bestehende Forderungen erlassen oder verrechnet wird.

Die rechtliche Behandlung eines so gemischten Geschäftes ist dieselbe, wie die der zuletzt erwähnten Gruppe. Haben sich die Parteien nicht unzweideutig über ihre Auffassung des Sachverhältnisses ausgesprochen, so ist deshalb in freier Auslegung ihrer Erklärungen deren wirklicher Sinn, der wirkliche Parteiwille zu ermitteln. Ist dagegen eine zweifelsfreie Aeußerung der Betheiligten vorhanden, so ist diese allein maßgebend, und nur der Einwand wirklicher Simulation ist dagegen zulässig.

III. Einzelheiten.

§ 28.

1. Donatio sub modo. Die Schenkungen unter der Auflage einer Gegenleistung — donationes sub modo — sind im römischen Recht aus historischen Gründen zu einem besondern Rechtsinstitut ausgebildet, stellen aber gegenwärtig nur einen speziellen Fall der gemischten Geschäfte dar, wie sie im vorigen Paragraphen erörtert sind. Wesentlich für dieselben ist, daß die Betheiligten in der Auflage zwar eine ernstlich gemeinte Leistung des Beschenkten sehen, dennoch aber für die vorwaltende und charakteristische Intention des Geschäftes die Bereicherung des einen Theiles aus dem Vermögen des andern erachten. Sie sind demnach zweifellos als unentgeltliche Verfügungen zu behandeln, da die Absicht der Betheiligten eben nicht einen Werthausgleich zwischen Zuwendung und Auflage annimmt, letztere also nicht als Entgelt der ersteren auffaßt[1]. Dem entgegen kann auch auf Spezialbestimmungen des Partikularrechts kein Gewicht gelegt werden. Man mag also immerhin aus A.L.R. I. 11 § 1055 den Satz entnehmen, daß die Auflage im Zweifel als vollständiges Entgelt anzusehen sei oder gar aus § 1054 ib. den weiteren Satz, daß diese Auffassung nur durch den Beweis der Simulation widerlegt werden könne. Denn beide Sätze sind für das Reichsrecht ohne positive gesetzliche Bedeutung, und da sie sachlich nicht zu begründen sind, sind sie für das Reichsrecht auch zur analogen Anwendung nicht geeignet. Es ist vielmehr stets für jeden einzelnen Fall aus der Sachlage und der Parteierklärung die Bedeutung der Auflage zu ermitteln.

Deshalb kann die Schwierigkeit einer zutreffenden Behandlung dieser Geschäfte nur auf die Frage sich beziehen, ob im einzelnen Falle wirklich eine Auflage oder ob ein Entgelt von den Parteien beabsichtigt ist, und weiter, ob die Auflage nicht wenigstens ein theilweises Entgelt, wie es im vorigen Paragraphen bei der Gruppe 2. d. entwickelt ist, darstellen soll. Darüber entscheiden denn die Grundsätze, die wir oben für die gemischten Geschäfte im Allgemeinen abgeleitet haben. Hervorzuheben ist hier nur, daß eine Gegenleistung, die zu Gunsten des Beschenkten selber oder auch zu Gunsten eines Dritten stipulirt wird, im Zweifel nicht als Entgelt gemeint sein wird, daß dagegen eine Leistung zu Gunsten des Schenkenden meist die Natur eines — mindestens theilweisen — Entgelts hat.

2. Remuneratorische Schenkungen sind unentgeltliche Verfügungen. Denn der zu belohnende Dienst, der allein als Entgelt in Frage kommen kann, ist hier im Voraus, unabhängig von der Belohnung, geleistet, so,

---

[1] Vgl. die entgegengesetzten Entscheidungen Seuff. 6^{38} und 11^{66}.

daß vielleicht die Belohnung von der zu belohnenden Handlung als ihrer Voraussetzung, nicht aber auch umgekehrt diese Handlung von der Belohnung abhängig gemacht ist. Die erste Bedingung der Entgeltlichkeit, die gegenseitige rechtliche Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung, fehlt hier also, und die Anfechtung der Schenkungen im Allgemeinen ist auch auf diese spezielle Art freigebiger Verfügungen anzuwenden[2].

3. Geschenke unter Ehegatten, die schon im römischen Recht und seitdem fast ausnahmslos von allen Gesetzen besonders ausgezeichnet sind, nehmen auch für das Anfechtungsrecht eine eigene Stellung ein, da, wie bereits erwähnt, die Frist zur Anfechtung für sie noch einmal so groß bemessen ist, wie für gewöhnliche Schenkungen[3]. Diese Fristverlängerung bezieht sich aber eben nur auf Schenkungen zwischen Ehegatten, nicht auch auf Schenkungen zwischen Verlobten, sei es selbst, daß die Verfügung erst mit dem Abschluß der Ehe giltig und wirksam werden soll[4], und zwar ganz sachgemäß, da im letzteren Falle eine Aenderung des ehelichen Güterrechts nicht vorliegt, und nur die Gefährlichkeit solcher Aenderung, nicht aber ein Odium gegen den Ehegatten des Schuldners schlechthin Anlaß zu der hier erörterten Fristverlängerung gewesen ist. Dagegen liegt eine Schenkung zu Gunsten eines Ehegatten auch dann vor, wenn sie erst nach Auflösung der Ehe wirksam werden soll, sobald sie nur zu einer Zeit vorgenommen ist, wo die Ehe noch bestand.

4. Gelegenheitsgeschenke bilden die häufigsten Fälle der Schenkung; aber gerade um deswillen fehlt ihnen die Eigenschaft, welche die besondere juristische Stellung der Schenkungen und insbesondere die Erleichterung ihrer Anfechtbarkeit rechtfertigt, die Eigenschaft, daß sie aus dem Rahmen des gewöhnlichen wirthschaftlichen Lebens heraustreten. Im Gegentheil würde die Anfechtbarkeit solcher Zuwendungen kaum weniger einschneidend wirken wie die der entgeltlichen Geschäfte. Denn theilweise — bei Weihnachtsgeschenken an Dienstboten, bei Trinkgeldern, bei Gratifikationen an Privatbeamte — repräsentiren diese Geschenke eine Belohnung, auf die der Empfänger nach der Verkehrssitte rechnen kann, um derenwillen er seinerseits die ihm obliegenden Leistungen übernimmt und die deshalb einem eigentlichen Entgelt sehr nahe kommt. Theilweise aber — bei den Geschenken unter Verwandten und Freunden — überwiegt das ideelle Moment

[2] So auch Wilmowski 170 und, sogar für den Fall, daß vorher ein Lohn allgemein versprochen war — vgl. unten 150[13] — Entsch. 62[356], Strieth. 76[87]. So auch französische Praxis Rousseau, Art. 446 Nr. 25. Dagegen nimmt Spanien 1010 die remuneratorischen Schenkungen von der Anfechtung aus.

[3] Diese Anfechtung wird auch durch die gemeinrechtliche Ungiltigkeit der Schenkungen unter Ehegatten nicht gegenstandslos. Vgl. § 14. Den Schenkungen stehen natürlich andere unentgeltliche Verfügungen gleich.

[4] So auch Jäckel 100, A. M. Hartmann 64.

so sehr, daß der pekuniäre Vortheil, den die Anfechtung solcher Zuwendung der Masse bringen würde, in keinem Verhältniß zu der Verletzung steht, die der Beschenkte dadurch erfährt[5]. Deshalb ist es durchaus sachgemäß, daß das Reichsgesetz die Gelegenheitsgeschenke der Anfechtung entzogen hat[6].

Voraussetzung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes, daß ein „gebräuchliches" Gelegenheitsgeschenk vorliegt, falls die Ausnahme von der Anfechtung Platz greifen soll, und zwar gebräuchlich nach Art und Umfang. Gewöhnlich handelt es sich dabei um wiederkehrende Gaben; erforderlich ist dies aber nicht, und auch eine singuläre Gelegenheit, welche der Sitte nach zu einem Geschenke Veranlassung giebt, genügt. Auch daß das Geschenk von unbedeutendem Werthe sei, wie Entwurf I § 30 vorschrieb, ist nicht nothwendig, vielmehr können sogar sehr werthvolle Geschenke nach der Lebensweise des Schenkers und nach der Erheblichkeit der Gelegenheit als gebräuchlich erscheinen.

Unanfechtbar sind auch gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zwischen Ehegatten. Allerdings sagt das Gesetz das nicht ausdrücklich, während es sonst die Anfechtbarkeit der Schenkungen unter Ehegatten besonders normirt, und es liegt nahe, deshalb kraft eines argumentum a contrario die Anfechtbarkeit solcher Geschenke zu bejahen. Indeß ist bei der wenig korrekten Redaktion des Gesetzes, die wir an zahlreichen Beispielen nachzuweisen haben, ein argumentum a contrario schon an sich sehr bedenklich, und es liegt doch auch sprachlich die andere Auslegung nicht zu fern, daß R.K.O. § 25², wenn sie von „unentgeltlichen Verfügungen" zu Gunsten des Ehegatten spricht, das erstere Wort in gleichem Sinne und daher auch mit Ausschluß der Gelegenheitsgeschenke verstanden wissen will, wie der unmittelbar vorhergehende Absatz desselben Paragraphen. Dazu kommt denn die sachliche Erwägung, daß die Unanfechtbarkeit der Gelegenheitsgeschenke, wie wir sahen, nicht eine rein positive Satzung, sondern daß sie in der Sache begründet ist, und daß schlechterdings ein Grund nicht erfindlich ist, von dieser Ausnahme bei der Anfechtung gegen den Ehegatten wieder eine neue Ausnahme zu machen. Und zwar müssen wir diese anscheinend wenig belangreiche Ausnahme um so mehr betonen, als sie thatsächlich von recht er-

---

[5] Nur an diese zweite Gruppe scheinen die Motive zu denken, wenn sie S. 135, der Entscheidung Seuff. 24⁴² folgend, als Grund der Nichtanfechtbarkeit anführen: „Gelegenheitsgeschenke dienen nicht dazu, den Empfänger zu bereichern, sondern als Zeichen der Zuneigung"; auf die erste Gruppe paßt diese Bezeichnung dagegen nicht.

[6] Das preußische Recht hatte diese Bestimmung nicht; auch die französischen Juristen kommen nur durch freie Interpretation des Gesetzes zu einer gleichen Ausnahme: vgl. Dalloz, repert. 24 Nr. 276, Alauzet, comment. du c. de comm. VI Nr. 2500, und in ziemlich weiter Fassung Sirey-Gilbert, c. de c. Art. 446 Nr. 4.

heblicher Bedeutung ist. Gelegenheitsgeschenke zwischen Ehegatten kehren fast bei jedem einzelnen Konkurse wieder, und die Möglichkeit der Anfechtung solcher Verfügungen würde daher dem Verwalter stets von neuem die peinliche Pflicht auferlegen, den Widerruf aller Geburtstags- und Weihnachtsgeschenke wenigstens zu versuchen, ohne daß er damit der Masse einen verhältnißmäßigen Vortheil zuführen könnte[7].

5. Unterlassungen fallen wie positive Handlungen unter diesen Fall der Anfechtung, da nicht blos Rechtsgeschäfte, sondern — unserer Auslegung des Worts „Verfügungen" gemäß — alle unentgeltlichen „Rechtshandlungen" anfechtbar sind. Gerade sie werden sogar vorzugsweise in ihrer Eigenschaft als unentgeltliche Rechtsakte in Betracht kommen. Denn es wird bei ihnen eine Betheiligung des Gegners und eine ausreichende Sachkenntniß desselben schwer nachweisbar sein, und es ist deshalb für sie von besonderer Bedeutung, daß die Anfechtbarkeit der unentgeltlichen Verfügungen irgend eine subjektive Stellungnahme des Gegners nicht voraussetzt. Namentlich die Nichtunterbrechung einer Verjährung, die Präjudizirung eines Wechsels, die Versäumniß im Prozeß gehört hierher. Hervorzuheben ist dabei, daß die Unterlassung nicht zum Zwecke einer Zuwendung an eine andere Person und um dieselbe zu bereichern geschehen zu sein braucht. Die Anfechtung greift also auch dann Platz, wenn der Schuldner die Unterbrechung einer Verjährung um deswillen unterläßt, weil er die von der Verjährung betroffene Forderung für erloschen, für ungiltig oder praktisch für nicht durchführbar erachtet.

6. Prozeßhandlungen. Daß diese im Prinzip als unentgeltliche Verfügungen gelten können, folgt aus der eben angeführten Auslegung des Wortes „Verfügung". Und zwar ist die Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung, die im Prozeßwege vorgenommen ist, praktisch von erheblicher Bedeutung, sobald man nur mit uns von der Identifizirung der unentgeltlichen Verfügung mit der Schenkung absieht. Denn sobald auf Grund einer Prozeßhandlung durch Judikat, Arrest oder Zwangsvollstreckung eine materielle Rechtsveränderung zum Nachtheil der Gläubiger eintritt und durch die Vornahme der Prozeßhandlung nicht eine entsprechende die Gläubiger belastende Befugniß des Gegners erledigt, eine Gegenleistung der anderen Prozeßpartei also nicht erzielt wird, so liegen die Kriterien der Anfechtung in vollem Umfange vor.

7. Erfüllung einer Bedingung. Geht diese, zum Vortheil eines Dritten, vom Schuldner aus, so liegt in der Regel — falls nicht durch

[7] Deshalb ist die Sonderstellung der Gelegenheitsgeschenke sonst gerade auf die Zuwendungen an Ehegatten bezogen worden. L. 31 § 8 D. 24,1. So denn auch Eccius 614[55], Fuchs 53, Fitting 148[12], Wengler 226, Meißner 124[5]. A. M. Wilmowski 172, Völderndorff 1[309], Kranichfeld 32, Otto 135, Korn 82.

denselben Akt dem anderen Theile eine Gegenleistung auferlegt wird, und z. B. von dem Eintritt der Bedingung der Bestand eines zweiseitigen lästigen Geschäftes abhängt — eine unentgeltliche Verfügung vor[8]. Wer nicht mehr direkt schenken darf, darf es auch nicht indirekt thun, indem er bedingte Verpflichtungen perfizirt, bedingte Rechte aufgiebt[9]. Selbst eine absichtliche Verwirkung von Vertragsstrafen, welche durch ihr Verfallen dem Gegner keine Pflichten auferlegen, muß deshalb konsequent als anfechtbar gelten, nur daß natürlich der gewöhnliche Schadensersatzanspruch dem Gegner unbenommen bleibt. Dagegen ist die Erfüllung von Bedingungen durch den Gegner, etwa der definitive Erwerb einer vor der Anfechtungsfrist vorgenommenen bedingten Schenkung durch eine Heirath, nicht anfechtbar; schon weil es hier an einer Handlung des Schuldners fehlt, die der gesetzlichen Frist entspräche.

8. Vergleiche sind an sich entgeltlicher Art. Denn die Parteiintention kann trotz der thatsächlichen Unzulänglichkeit der Gegenleistung, wie sie so oft bei Vergleichen wiederkehrt, dennoch auf ein entgeltliches Geschäft gehen, und selbst der Vortheil, ein ausdrückliches urkundliches Anerkenntniß einer Forderung zu erlangen, kann in diesem Sinne als Entgelt für einen erheblichen Theilerlaß an derselben Forderung gemeint sein. Gerade hierin besteht die juristische Bedeutung des Vergleichs, der eine Theorie niemals gerecht werden würde, welche das Wesen der Unentgeltlichkeit rein objektiv in dem thatsächlichen Werthverhältniß von Leistung und Gegenleistung sehen würde.

Auf der anderen Seite ist aber nicht jeder Vertrag ein Vergleich, der so genannt wird, und äußerlich in den Formen desselben auftritt. Vielmehr kommen gerade für die gemischten Geschäfte, von denen wir oben sprachen und die vielfach den unentgeltlichen Verfügungen durchaus gleich zu behandeln sind, in ihren verschiedenen Arten die Formen des Vergleichs ganz besonders häufig in Anwendung zum Theil aus dem zufälligen Grunde, daß in Preußen das bequeme Institut schiedsmännischer Verträge nur für Vergleiche gilt[10]. Hier ist alsdann für jeden einzelnen Fall die wirkliche Absicht der Parteien zu ermitteln.

9. Zahlungen des Schuldners sind entgeltlich, soweit sie ihn von einer Verbindlichkeit befreien; soweit dies nicht der Fall ist — sei es, daß die Schuld nicht existirt oder daß ihre Fortdauer verabredet wird —, tritt zunächst der Begriff der unentgeltlichen Verfügung ein. Zweifel können

---

[8] So wenigstens für die Erfüllung einer Resolutivbedingung Boulay-Paty, des faillites 43. A. M. Fitting 147[10].

[9] Wie der Schuldner ja auch nach der Konkurseröffnung durch seinen Verzug keine Konventionalstrafe mehr verwirkt. R.O.H.G. 22[274].

[10] Preuß. Schiedsmanns-Ordn. vom 29. März 1879 §§ 25. 32.

indeß bezüglich solcher Verbindlichkeiten entstehen, die nicht vollgiltig sind. Hält man unser Prinzip der Subjektivität des Entgeltbegriffs fest, so entscheidet solche Zweifel einfach die Parteiintention, d. h. ob nach Auffassung der Betheiligten die Zahlung selbst die Vermögensminderung materiell begründet, oder ob bereits das bestehende Schuldverhältniß als solches das Vermögen des Schuldners gemindert hat, und bei der späteren Zahlung der Zahlende sich thatsächlich von einer Schuld befreit fühlt. Ist also die erste Voraussetzung der Unentgeltlichkeit einer Zahlung die Kenntniß, daß eine giltige Verbindlichkeit nicht vorhanden sei [11], so tritt als weitere und sehr erhebliche Bedingung der Anfechtung hinzu, daß nicht trotz der Ungiltigkeit der Forderung ein thatsächlicher Zwang zur Zahlung, sei es durch die Verkehrssitte, sei es durch die Zweifelhaftigkeit des Falles, sei es endlich durch die Aussicht auf indirekte Vortheile, bestand. Deshalb wird die Erfüllung eines Vertrages trotz Formmangels entgeltlich sein, wenn die Formvorschrift in die Verkehrssitte nicht übergegangen ist [12]. Insbesondere wird der Verzicht auf die Einrede der Minderjährigkeit, der im Allgemeinen als eine Anstandspflicht gilt, entgeltlich oder unentgeltlich sein, je nach den Umständen, unter welchen die ursprüngliche Verbindlichkeit zu Stande gekommen ist und je nach dem Umfang der Läsion, die der Schuldner dadurch erlitten hat [13].

10. Ausstattung. Aehnlich wie Zahlungen auf ungiltige Forderungen sind Leistungen zu behandeln, die auf eine der Höhe nach unbestimmte Verpflichtung erfolgen, insbesondere die Ausstattung der Kinder durch die Eltern [14]. Hier kann allein das freie Ermessen des Verpflichteten die Grenzen angeben, welche die Leistung auf Schuld und die freigebige

---

[11] Von dem Falle, daß die Zahlung als solche ungiltig ist — wo sie dann selbstverständlich ebenfalls eine unentgeltliche Verfügung enthalten kann —, wird hier abgesehen.

[12] Anfechtbar ist z. B. nach preußischem Recht die Erfüllung eines mündlichen Schenkungsversprechens, eines mündlichen Immobiliarvertrages. Nichtanfechtbar dagegen die Erfüllung schriftlicher Schenkungsversprechen oder mündlicher Mobiliargeschäfte im Werthe von mehr als 150 Mark. Beides nach der allgemeinen Verkehrsanschauung, unvorgreiflich der Besonderheiten des einzelnen Falles. — Nichtanfechtbar wird deshalb auch die Unterlassung des Widerrufs einer Schenkung innerhalb der sechsmonatigen Frist sein.

[13] So auch Wilmowski 171. Dagegen ist Strieth. 33[56] schlechthin gegen die Anfechtbarkeit. Umgekehrt nimmt Strieth. 76[87] Anfechtbarkeit bei einer remuneratorischen Schenkung an, auch wenn vorher im Allgemeinen Lohn versprochen war, und Reichsgericht bei Wallmann II. 73, auch wenn ein früheres nicht klagbares Schenkungsversprechen erfüllt wird.

[14] Auch ärztliche Honorare können hierher gehören, soweit die Tarifsätze dem Herkommen nach überschritten werden.

Verfügung scheiden. Das richterliche Arbitrium ist alsdann darauf beschränkt, lediglich die Thatsache festzustellen, ob der Ausstattende mit der angefochtenen Leistung wirklich nur seiner Pflicht genügen wollte. Die Größe seines Vermögens giebt aber für die Beantwortung dieser Frage einen zureichenden Anhalt. Denn da die Größe des Vermögens gesetzlich auch für die Höhe der Ausstattungspflicht maßgebend ist, und da weiter diese Vorschrift so sehr der Natur der Sache entspricht, daß ihre Kenntniß bei dem Ausstattungspflichtigen ohne Weiteres vorauszusetzen ist, so charakterisirt sich eine übermäßig hohe Ausstattung auch vom Standpunkt des Dotators aus als Freigebigkeit und jedenfalls als unentgeltliche Verfügung. Und zwar ist selbstverständlich allein die Höhe des reinen Vermögens im engern Sinne, also der Aktiva nach Abzug der Passiva, maßgebend[15].

Allerdings weicht eine verbreitete Meinung von diesen Sätzen ab und folgert, indem sie generell die Ausstattung und die Eheschließung als Leistung und Gegenleistung auffaßt, daraus namentlich mit Bezug auf das Verhältniß zwischen Schwiegervater und Schwiegersohn die Entgeltlichkeit der Ausstattung[16]. Dies mag der römischen Auffassung[17] entsprechen. Jedenfalls sollte aber jeder Unbefangene zugeben, daß die Lebensanschauung seitdem im Laufe der Jahrhunderte sich verändert hat, sollte also zugeben, daß die Entgeltlichkeit in diesem Sinne höchstens in einzelnen Fällen, nicht aber allgemein den Parteiabsichten entspricht. Die hier bekämpfte Auffassung verwechselt eben, wie bereits betont, den Begriff des lästigen mit dem des entgeltlichen Geschäfts, und kommt von der ganz richtigen Annahme aus, daß die Ausstattung der Regel nach keine reine „Schenkung" ist, zu der

---

15 So nachdrücklich Seuff. $1^{393.397}$; ebenso Hullmann 148^{1}, Jäckel 96. Spanien 1039 (las constituciones dotales hechas de bienes propios a sus hijos). In Frankreich ist die Frage kontrovers, dafür Sirey-Gilbert, c. de comm. Art. 446 Nr. 4, Pardessus III. Nr. 1138, Boulay-Paty, des faillites 44, dagegen Saint-Nexent, traité des faillites et banqueroutes 325, Bédarride 135, Zachariä II. 264^{11}. Der Kassationshof hat nach Alauzet 2500 die Praxis, die Ausstattung gegenüber dem eignen Kinde für eine Liberalität, gegenüber dem Ehegatten desselben für eine lästige Zuwendung zu erklären; vgl. aber Dalloz, 24 Nr. 277 flg., Humblet 445 Nr. 113, Rousseau 446 Nr. 22. Das englische Recht hatte früher die Ausstattungen: voluntary gift on the marriage of (the bankrupts) children ausdrücklich von der Anfechtung ausgenommen. Williams, law of bankr. S. 262, Stephen, new comment. II. 185; dies ist in die Akt of bankr. von 1869 nicht übergegangen. A.G.O. I. 50 § 52 schloß die Ausstattung von der Anfechtung aus.

16 Strieth. 30^{206}. 49^{333}, Meischeider 66. Das erste Erkenntniß erklärt sogar den Einwand für gleichgiltig, daß der Vater zur Zeit der Ausstattung insolvent gewesen und daß das Kind bereits früher Naturalausstattung erhalten hatte.

17 l. 25 § 1 D. h. t.

ganz unmotivirten Folgerung, daß sie ein entgeltliches Geschäft sei. Und zwar zeigt ein Blick auf die thatsächlichen Verhältnisse, daß unsere Auffassung durchaus sachgemäß ist und keineswegs auf künstlichen Distinktionen beruht. Denn wenn Jemand seine Tochter weit über seine Verpflichtung hinaus ausgestattet hat und bald darauf in Konkurs verfällt, so wird es Niemand, und vielleicht der Schwiegersohn am wenigsten, begreifen, daß die Ausstattung ihm verbleibt, während die Gläubiger leer ausgehen: so deutlich ist das Bewußtsein, daß die Ehe kein Entgelt für die Ausstattung gewesen ist.

Aus diesem Grunde wird also die Ausstattung, die dem Schwiegersohn und nicht dem eigenen Kinde gegeben ist, durchaus ebenso zu behandeln sein, wie die, welche das leibliche Kind erhält, und darf keinesfalls für eine entgeltliche Verfügung erklärt werden. Auf der anderen Seite unterliegt sie aber der Anfechtung auch nur innerhalb derselben Grenzen, wie die letztgedachte Ausstattung. Denn wenn schon dem Schwiegersohn als solchem ein Recht auf Ausstattung nicht zusteht, so ist doch die Meinung der Betheiligten, daß in der Leistung an ihn der Pflicht der Eltern gegen ihr eigenes Kind genügt werden soll, und es geht deshalb innerhalb der Grenzen dieser Ausstattungspflicht, wie die Auffassung der Betheiligten sie zieht, die Intention derselben auf ein entgeltliches und also hier nicht anfechtbares Geschäft.

11. Morgengabe. Das Geschenk des Ehegatten an die Frau in Veranlassung der Eheschließung ist anfechtbar, sobald sie den gebräuchlichen Umfang übersteigt. Denn es mag immerhin zweifelhaft sein, ob die Morgengabe reine Schenkung ist[18]; unentgeltlich ist sie jedenfalls, da es Niemand einfallen wird, die Zuwendung und den Abschluß der Ehe dem Werthe nach miteinander zu vergleichen.

12. Pfandbestellungen sind wie jede andere Sicherung einer Schuld nach der Ausführung der Motive lediglich ein Minus gegen die Erfüllung der Schuld und daher, sowenig wie diese, unentgeltlicher Natur. Diese Auffassung, die auf den ersten Blick plausibel erscheinen mag, widerspricht aber den thatsächlichen Verhältnissen und den Anschauungen des täglichen Verkehrs so entschieden, daß es schwer verständlich ist, wie die Motive an ihr festhalten konnten[19]. Denn das Interesse etwa eines Darlehnsgläubigers beschränkt sich bekanntlich nicht im Geringsten darauf, sein Geld wieder-

---

18 Für Anfechtbarkeit R.O.H.G. 21^{292}, Wilmowski 172, Hartmann 64; dagegen Strieth. 10^{20}, Völdernd. 1^{309}; je nach Lage des konkreten Falles will Jäckel 99^{23} entscheiden.

19 Vgl. Mot. 123, denen Sarwey 152, Korn 41 und mit anderer Motivirung Hullmann 147^{1}, für eine grundbuchrechtliche Frage auch Reichsgericht 2^{259} folgt. Richtig Wilmowski 170, Otto 132, Reichsg. 3^{169}. Anders R.G. 9^{103}.

zubekommen — denn er würde andernfalls besser thun, dasselbe gar nicht fortzugeben —, sondern er hat, wegen des Zinsbezuges und der Entlastung von der Gefahr des Geldes, ein großes Interesse daran, sein Kapital ausstehen zu wissen. Wenn also die Pfandbestellung dies „Ausstehenlassen" erleichtert und vielfach überhaupt erst möglich macht, so liegt auf der Hand, daß sie einem ganz anderen selbständigen Interesse des Gläubigers genügt, als die Rückzahlung des Darlehns, und daß sie also keineswegs ein bloßes Minus gegen die Rückzahlung darstellt. Alle Sicherungen, welche ohne Entgelt erfolgen, sind also auch im Sinne unseres Gesetzes, und zwar in ganz eminenter Weise, unentgeltliche Verfügungen, und sind daher auch dann anfechtbar, wenn sie vor der Zahlungseinstellung, ohne Kenntniß der Insolvenz des Schuldners und in bestem Glauben gegeben und angenommen sind[20]. Ob im einzelnen Falle übrigens ein wirkliches Entgelt, namentlich in einer etwaigen Prolongation des Darlehns oder in einer Herabsetzung des Zinsfußes gefunden werden kann, hängt von den Parteiabsichten in jedem speziellen Falle ab und ist insoweit quaestio facti[21].

13. Irrthum. Halten beide Parteien eine Zuwendung des Schuldners, der eine angemessene Gegenleistung nicht gegenübersteht, aus Irrthum etwa über den Werth der Gegenleistung, für entgeltlich, so hat es dabei sein Bewenden, und die spezifische Anfechtung der Schenkungen greift nicht Platz. Dasselbe gilt für den Fall, daß nur der Schuldner sich im Irrthum befunden hat, weil die unentgeltliche Verfügung als solche von ihm ausgegangen sein muß. Mit anderen Worten: es genügt für die Anfechtung, daß der Schuldner die angefochtene Verfügung als eine unentgeltliche vornahm, wenn schon der Empfänger dieselbe für entgeltlich hielt.

Nehmen umgekehrt die Parteien aus Irrthum über den Werth der Gegenleistung Unentgeltlichkeit an, wo objektiv genommen ein entgeltliches Geschäft vorliegen würde, so ist die Irrthümlichkeit dieser Annahme bei der subjektiven Natur des Entgeltlichkeitsbegriffes ohne Belang. Vielmehr ist die Anfechtung nur in dem Falle ausgeschlossen, daß der Werth der Gegenleistung thatsächlich die Verkürzung der Gläubiger ausgleicht, und die letzteren also überhaupt nicht geschädigt sind[22.23].

---

20 So Hasenbalg 80 flg., Reinhard 124, Dernburg, Pfandrecht I. 200 flg., Wilmowski 170, im Prinzip auch Eck, Jen. Lit.-Ztg. 1874 S. 589 und aus der Praxis Seuff. 21¹⁸⁷. 22²⁸⁶, Reichsger. 3¹⁶⁹. Dagegen stehen auf dem Standpunkt der Motive Francke, Arch. f. ziv. Pr. 16²⁵⁹, Hartmann 44, Jäckel 95, Seuff. 4²⁷⁴. 6¹²⁴. 20⁹⁸, Trib. zu Zelle, Jahrg. 1¹⁵. 6¹⁰⁸. Vgl. auch Seuff. 2¹¹⁶ und Reichsger. 2²⁵⁸ sowie die vorige Note.

21 So namentlich Reichsger. 3¹⁶⁹, wogegen z. B. Dernburg, Pfandrecht 1²⁰⁰ die Prolongation einer fälligen Forderung stets für ein Entgelt ansieht.

22 Dies folgt aus den Sätzen, die über die subjektiven Bedingungen der Anfechtung oben § 27 Nr. 1 aufgestellt sind; namentlich also daraus, daß nur eine

Kapitel fünf.

Anfechtung gegen den Ehegatten.

I. Positive Voraussetzungen der Anfechtung.

§ 29.

Anfechtbar[1] ist die seitens eines Ehegatten freiwillig innerhalb einer bestimmten Frist erfolgende Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsgutes oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens der Ehefrau — § 25². R.K.O. § 3⁴ A.G.

1. Das Objekt der Anfechtung ist hiernach ein doppeltes.

Das Vermögen der Ehefrau ist gesetzlich in die Verwaltung des Ehemanns gekommen, wenn nach genereller Rechtsnorm und ohne spezielle Parteiverfügung dem Manne ein Anspruch auf die Verwaltung seines Vermögens zusteht, sei es, daß es sich dabei um Miteigenthum, um einen Nießbrauch oder um eine reine Verwaltungsbefugniß handelt. Alle die Rechtsformen gehören deshalb hierher, welche in den Gebieten der vollständigen oder theilweisen Gütergemeinschaft, sowie der landrechtlichen und sächsischen Verwaltungsgemeinschaft, kurz überall da, wo nicht das reine römische Recht gilt, zur Ausbildung gekommen sind. Den Gegensatz bildet das Vermögen der Frau, welches der Ehemann gar nicht oder nur aus Eigenmacht oder endlich durch Vertrag in seine Verwaltung genommen hat.

„Heiratsgut“ ist zunächst nur ein Sammelname und bezeichnet kein bestimmtes einheitliches Rechtsinstitut. Es wird deshalb auch stets zweifelhaft sein, welche von den im Partikularrecht ausgebildeten Rechtsverhältnissen der Absicht des Gesetzes nach unter diesem Namen zusammengefaßt werden sollen. Man erwäge nun aber, einerseits, daß nach dem eben Gesagten als spezieller Gegensatz zum Heiratsgut ein Vermögen zu denken ist, das schon „von Gesetzes wegen“ den besondern Normen des ehelichen Güterrechts unterliegt, und halte andrerseits den Gedanken fest, daß dieser

---

unentgeltliche Verfügung „des Schuldners“ anfechtbar ist, der Gegner aber bei der Verfügung nicht mitgewirkt zu haben braucht.

[23] Daß der Irrthum des Empfängers nichts schadet, nahm schon R.O.H.G. 5⁴⁵ an. Praktisch ist dies freilich durchaus nicht sachgemäß, weil das Gesetz das Postulat, jeder solle eine unentgeltliche Verfügung zunächst als prekär ansehen, doch nicht einer Person gegenüber aufstellen kann, die die Verfügung für entgeltlich hält. Indeß läßt sich de lege lata die Ausschließung der Anfechtung durch einen derartigen Irrthum nicht begründen; vgl. die prinzipielle Ausführung § 14 gegen Ende.

[1] Die Anfechtung einer dem Ehegatten gemachten unentgeltlichen Verfügung ist bereits im vorigen Kapitel § 28 Nr. 3 behandelt.

Fall der Anfechtung die Stabilität des ehelichen Güterrechts zu Gunsten der Gläubiger des einzelnen Ehegatten zu schützen bestimmt ist[2]. Alsdann kommt man zu der umfassenden Definition[3], daß Heiratsgut alles dasjenige Vermögen ist, welches durch besondere Parteiverfügung als „eheliches Vermögen“ den dauernden Zwecken der Ehe gewidmet ist. Ausgeschlossen ist also einmal das Vermögen des Ehegatten, welches durch den Bestand der Ehe rechtlich überhaupt nicht beeinflußt, sondern als gewöhnliches freies Privatvermögen behandelt wird, und weiter das Vermögen, welches zwar durch die Ehe gebunden ist, aber kraft gesetzlicher Vorschrift, nicht nach besonderer Parteivereinbarung. Eine engere Begrenzung des Begriffs folgt dagegen aus dem Gesetze nicht[4].

Faßt man beide Gruppen zusammen — wir werden von hier ab den Namen „Heiratsgut“ in diesem weiteren Sinne, der auch die erste Gruppe mit umfaßt, gebrauchen —, so ergiebt sich das folgende Resultat.

Das ursprüngliche Vermögen des Ehemannes fällt hierher nur, wenn es durch spezielle Widmung zu Zwecken der Ehe bestimmt ist. Beispiele sind die Eheschenkung, die Morgengabe, ferner der Fall einer Vereinbarung der Eheleute, durch welche sie sich freiwillig einer vollständigen oder theilweisen Gütergemeinschaft unterwerfen.

Das ursprüngliche Vermögen der Ehefrau gehört hierher, wenn es, wie die Dos, durch Vereinbarung zu Ehezwecken bestimmt oder wenn der gleiche Zweck gesetzlich durch ein Verwaltungsrecht des Mannes verwirklicht wird.

Zuwendungen Dritter sind Heiratsgut, wenn sie speziell den Ehezwecken gewidmet sind, wie die von Dritten gegebene Dos, Aussteuer oder Mitgift, oder wenn sie zunächst der Frau zugedacht, jedoch durch Gesetz der ehemännlichen Verwaltung unterworfen sind.

Dagegen bleibt vom Bereich der Anfechtung ausgenommen das Vermögen des Ehemannes, soweit es nur durch gesetzliche Vorschrift, insbesondere durch allgemeine oder partikuläre Gütergemeinschaft, durch die Haftung des Mannes für gewisse Schulden der Frau oder durch seine allgemeine Pflicht zum Unterhalt der letzteren, der Einwirkung der Ehe unterworfen ist. Ebenso das vorbehaltene Vermögen der Ehefrau, selbst wenn sie es in die Verwaltung des Mannes giebt, da derselbe, mag er auch weniger streng wie

---

[2] Vgl. Mot. 137 und oben S. 28.

[3] Die Kommentatoren sprechen sich meist über den Begriff des Heiratsgutes nicht aus, scheinen aber nur an bestimmte Stücke des ehefräulichen Vermögens zu denken. So namentlich Jäckel 102. Im Wesentlichen übereinstimmend Korn 42.

[4] Preußen K.O. § 103 hatte die Anfechtung nur für das Vermögen der Ehefrau, das gesetzlich in des Mannes Verwaltung gekommen war, aufgestellt, das Heiratsgut dagegen nicht erwähnt. Umgekehrt erklärte Bayern § 1223 jede Veränderung des ehelichen Güterrechts für anfechtbar.

ein fremder Verwalter haften, das Vermögen dennoch nicht als „Heiratsgut" d. h. in gemeinsamem Interesse, sondern nur im Interesse der Eigenthümerin verwalten darf. Ebenso Zuwendungen und Aussetzungen, die nur zu Gunsten der Kinder oder nur zu Gunsten eines Ehegatten in Person, oder die zwar bei Gelegenheit der Eheschließung und aus dem Motive der Förderung der Ehe gemacht sind, bei denen aber die wirkliche Bestimmung zu Zwecken der Ehe nicht die maßgebende, rechtlich verbindliche Absicht des Gebers gewesen ist.

Im Uebrigen kommt es dagegen darauf nicht an, ob der Ehemann oder die Ehefrau oder beide zusammen Eigenthümer des Heiratsgutes sind oder ob sie beide nur Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse daran haben; auch darauf nicht, ob die Ehe zur Zeit der Entstehung des Heiratsgutes bereits geschlossen[5] oder auch nur in bestimmter Aussicht stand, oder ob die Wirksamkeit der Zuwendung auf die Zeit der Ehe beschränkt war. Deshalb sind auch Zuwendungen für den Fall der Auflösung der Ehe, insbesondere an die Wittwe, sobald sie vor Abschluß der Ehe oder während derselben gemacht sind, Heiratsgut, wenn sie nur, was im Zweifel anzunehmen, indirekt auch schon während der Ehe wirksam sein und etwa den Anlaß zum Sparen vermindern sollen. Endlich kann auch dem Objekt nach das Heiratsgut von der verschiedensten Form sein, — eine Gesammtheit von Werthen, ein Immobile, eine Hypothek darstellen, und es steht deshalb auch seinem Wesen nicht entgegen, wenn es als Einlage in eine offene Handelsgesellschaft inferirt ist[6].

2. Rückgewähr. Als Rückgewähr gilt jeder Akt, durch welchen der Schuldner ganz oder theilweise Rechte aufgiebt, die ihm an dem Heiratsgute zugestanden haben. Und zwar so, daß diesem Rechtsakte weder die thatsächliche Fortgabe des Heiratsgutes zu folgen braucht, noch daß der Rechtsakt durch die thatsächliche Fortgabe selber ersetzt wird. Ersteres ist selbstverständlich, weil es für die Interessen der Gläubiger ganz ohne Bedeutung ist, ob der Schuldner das Heiratsgut noch faktisch in Händen hat, wenn ihm und deshalb auch seinen Gläubigern daran kein durchgreifendes Recht zusteht; letzteres um deswillen, weil die thatsächliche Fortgabe zunächst nichts als ein Verwaltungsakt ist, den der Schuldner stets widerrufen kann und der daher weder ihn noch seine Gläubiger beeinträchtigt.

Die Rückgewähr selbst kann zunächst direkt durch den Verzicht auf die eigenen Rechte erfolgen. Sie kann aber auch mehr indirekt vor sich gehen, etwa durch die Begründung von Befugnissen für den Gegner, die mit den eigenen Rechten kollidiren und einen Verzicht auf diese mittelbar einschließen. Dahin gehört die positive Verpflichtung zur Rückgewähr, die Verwandelung

---

5 Wilmowski 171 f.

6 A. M. Hartmann 66.

ehefräulichen inferirten Geldes in vorbehaltenes Vermögen, eine Novation, welche ein selbständiges unbedingtes Schuldversprechen, etwa in Wechselform, an Stelle der bedingten Pflicht zur Rückgabe der Illaten setzt u. s. f. Die Rückgewähr kann weiter auch nur theilweise geschehen, quantitativ beschränkt, indem sie nur einzelne Stücke oder eine Quote des Heiratsgutes ergreift, qualitativ beschränkt, indem sie nur auf Zeit oder unter Vorbehalt irgend welcher Nutzungs- oder Verwaltungsbefugnisse für sich oder für den anderen Ehegatten oder die Kinder erfolgt.

Ob die Rückgewähr entgeltlich oder unentgeltlich geschah[7], ob sie eine Schenkung an den Ehegatten, eine Bevorzugung desselben vor anderen Gläubigern, ob sie aus selbständigen Gründen, die mit der späteren Insolvenz nichts zu thun haben, eine Aenderung des ehelichen Güterrechts bezweckt, ist gleichgiltig[8].

3. Sicherung. Der Sicherungsakt darf selbstverständlich nicht blos in dem Erwerbe von Rechten zu Gunsten des Heiratsgutes Dritten gegenüber bestehen, da diese für sich noch keine Verkürzung der Gläubiger bewirken könnten. Gemeint ist vielmehr nur die Sicherung, die der Schuldner aus seinem eigenen Vermögen gewährt.

Die Sicherung selbst kann durch Stellung eines Pfandes oder eines Bürgen[9] und auch durch Konstitutum geschehen. Sie kann aber namentlich auch durch Verwandelung des einfachen obligatorischen Anspruches, der im Konkurse nur zu einer Quote zur Hebung kommt, in einen bevorzugten, insbesondere in einen dinglichen Anspruch oder in ein Forderungsrecht gegen eine dritte Person erfolgen. Man denke an jene zahlreichen Fälle, wo das Heiratsgut nicht unterscheidbar vorhanden und der Schuldner bezüglich desselben nur obligatorisch verhaftet ist, und das ehefräuliche Vermögen nunmehr in Immobilien, in beweglichen Sachen, in Forderungen gegen Dritte angelegt wird, die direkt auf den Namen der Frau erworben und beziehentlich umgeschrieben werden. Natürlich kommt es, da dieser Fall der Anfechtung mit irgend welcher betrüglichen Absicht des Schuldners oder des Gegners nichts zu thun hat, darauf nicht an, ob der Sicherungsakt bewußt die bevorzugte Befriedigung für die Forderung des Gegentheils zum Ziele hat, oder ob diese bevorzugte Stellung lediglich die zufällige Folge eines mit der zukünftigen Insolvenz des Ehegatten gar nicht in Zusammenhang stehenden Verwaltungsaktes ist. Deshalb ist es auch, wenn man hier zunächst von der Pflicht zur Sicherstellung, deren Bedeutung weiter unten

---

[7] Vgl. oben § 4 zu Note 11.

[8] Dadurch kommt das Heiratsgut und jeder Theil desselben gleichsam extra commercium. Bei der engen Begrenzung der Passivlegitimation ist dies indeß weit weniger bedenklich, als es zunächst scheint.

[9] Vgl. unten § 34 Nr. 8.

zu erörtern sein wird, absieht, durchaus nicht von Belang, ob die Sicherung nur Wiederherstellung eines früheren Zustandes ist, und z. B. die jetzt auf den Namen der Frau geschriebenen Hypotheken lediglich deren von vornherein hypothekarisch angelegtes und so in die Ehe gebrachtes Vermögen darstellen. Nur wenn die neuere Sicherung an die frühere sich unmittelbar anschließt, und die Aufhebung der letzteren durch die Begründung der ersteren bedingt ist, wenn also nur ein Wechsel in der bereits bestehenden Sicherung in Frage ist, wird eine Verkürzung der Gläubiger zunächst nicht vorliegen und deshalb auch die Anfechtung ausgeschlossen sein. Diese Unterscheidung wird vielfach zu Härten führen, die ungerecht erscheinen mögen; so z. B. wenn das auf den Namen der Frau geschriebene Kapital nach der Rückzahlung seitens des Drittschuldners in der Zwischenzeit bis zur erneuten Anlegung in die allgemeine Kasse des Mannes oder in sein Depot beim Bankier fließt und auf Grund dessen die erneute Ausleihung auf den Namen der Frau der Anfechtung unterworfen sein soll. Doch sind diese Härten lediglich die Folge jenes Mangels an Elastizität, der dem dinglichen Rechte überall eigen ist und auch sonst so oft bei Kollision verschiedener Ansprüche sich in nicht immer sehr erfreulicher Weise geltend macht. Es kann deshalb nicht überraschen, daß hier einmal der Anfechtungsgegner die Folgen dieses Mangels an Elastizität zu erfahren hat.

4. Mitwirkung des Schuldners. Die Rückgewähr oder Sicherstellung soll „von dem Schuldner bewirkt" sein. Letzterer muß also aktiv bei der anzufechtenden Rechtshandlung betheiligt gewesen sein oder dieselben wenigstens bewußt und absichtlich geduldet haben [10]. Die wichtige Konsequenz ist, daß der anfechtbare Akt zwar auch im Prozeßwege, z. B. durch ein Urtheil, welches das Vermögen der Frau für vorbehalten erklärt, erfolgt sein kann, daß aber die Anfechtung alsdann von der Frage abhängig ist, ob der Schuldner den Prozeß absichtlich verloren hat.

Dagegen braucht der Anfechtungsgegner an dem angefochtenen Akt nicht thätig betheiligt gewesen zu sein. Dies gilt namentlich von dem häufigen Fall, wo der Ehemann in seiner doppelten Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter der Ehefrau und als Schuldner des Heiratsgutes die anfechtbare Sicherung vollzogen hat und wo es, falls wirklich eine aktive Betheiligung der Frau erforderlich wäre, bedenklich sein könnte, ob diese Doppelstellung des Ehemanns und die auf Grund derselben vorgenommenen Rechtsakte dem Gesetz genügen würden.

Handlungen Dritter genügen zur Anfechtung nicht, und es ist beispielsweise die hypothekarische Sicherung der ehefräulichen Illaten nicht anfechtbar, wenn nur die Eintragung der Hypothek im Grundbuche innerhalb der gesetzlichen Frist erfolgt ist, der Antrag des Schuldners auf Eintragung aber

---

[10] Vgl. oben § 17 Nr. 1.

einer früheren Zeit angehört. Auch ein Erkenntniß, durch welches das Eingebrachte der Frau fälschlich für vorbehaltenes Vermögen erklärt wird, ist nicht schon deshalb anfechtbar, weil der Publikationstermin in die Frist fällt.

In der Mehrzahl der Fälle ist der Schuldner selbstverständlich der Ehemann; natürlich kann es aber — man denke an eine Handelsfrau, die kurz, bevor sie in Konkurs verfällt, die mit ihrem Ehemann vereinbarte freiwillige Gütergemeinschaft aufhebt — die Ehefrau sein.

5. Anfechtungsgegner ist der Regel nach der andere Ehegatte; es kann aber auch ein Fremder sein. Das Gesetz selbst nämlich begrenzt die Passivlegitimation des Gegentheiles gar nicht. Allerdings deutet der Begriff der „Rückgewähr" auf eine Zuwendung an den ursprünglichen Geber des Heiratsgutes oder dessen Rechtsnachfolger, weil jede andere Veräußerung des Heiratsgutes nur ein Weiter-, kein Zurückgeben wäre; und ebenso weist der Begriff der Sicherstellung darauf hin, daß dem Bedachten irgend ein Forderungsrecht bezüglich des Heiratsgutes zustehen müsse. Deshalb kann aber als Gegner der Anfechtung nicht nur der Ehegatte des Schuldners, sondern auch der Geber des streitigen Vermögens, sein Rechtsnachfolger, ebenso auch derjenige angesehen werden, der durch Gesetz oder private Willenserklärung in Betreff der Anrechte des Gebers, insbesondere also in Betreff eines eventuellen Rückforderungsrechts, an dessen Stelle gesetzt ist.

Danach ist also, wenn man nur die Fälle berücksichtigt, in denen ein Rückforderungsrecht für Andere als für den Geber des Heiratsgutes vorzukommen pflegt, vorausgesetzt: bei dem Heiratsgute, das ursprünglich der Ehemann besessen — Morgengabe, ehemännlicher Antheil an der freiwilligen Gütergemeinschaft —, die Rückgabe an diesen; bei dem Heiratsgute, welches die Frau gegeben — Dos und Illaten — die Rückgewähr an die Frau; bei dem Heiratsgute, welches von dritter Seite gegeben ist, die Rückgabe an den ursprünglichen Geber oder [11] an den anderen Ehegatten oder an dessen Kinder, sofern diesen nach dem Inhalt der früheren Zuwendung oder nach gesetzlicher Vorschrift das eventuelle Rückforderungsrecht zuertheilt ist [12], so jedoch, daß in allen diesen drei Fällen der Universal- und Singularsukzessor des Rückforderungsberechtigten oder des Gebers diesem gleichsteht. Danach kann also außer dem normalen Fall der Rückgewähr an den Ehegatten des Schuldners die Rückgabe an einen Fremden aus einem dreifachen Gesichtspunkt unter das Anfechtungsgesetz fallen [13]. Der Fremde kann

---

[11] Diese stehen sich aber gleich; ist also seitens des Vaters Rückgabe der Mitgift an die Tochter stipulirt, so genügt für die Anfechtung sowohl die Rückgewähr an diese wie die an den Vater.

[12] Aehnlich Völdernndorff I. 310.

[13] Daß daneben die Anfechtung aus § 24[1]. 24[2]. 25[1] R.K.O. aus selbständigen

nämlich der Rechtsnachfolger des Ehegatten, er kann der Geber des Heiratsgutes oder dessen Rechtsnachfolger, er kann endlich blos äußerlich der Empfänger sein, in dessen Person gemäß der konkreten Sachlage und namentlich auf Grund der Genehmigung des Ehegatten dem letzteren geleistet wird, derart, daß dieser die Rückgewähr als an sich geschehen anerkennen muß und sein Rückforderungsrecht dadurch verliert. Dabei bedarf es übrigens kaum noch besonderer Erwähnung, daß in dem letztgedachten Falle nicht der Fremde, sondern der andere Ehegatte der Anfechtungsgegner ist.

Dies Resultat steht nicht im Einklang mit den Motiven [14]; und gerade auf diesen Widerspruch ist hier einzugehen, weil daraus von neuem hervorgeht, wie wenig die Interpretation des Gesetzes durch seine Redaktoren mit dem von diesen selbst formulirten Wortlaut des Gesetzes übereinstimmt, — ein Umstand, der für die Würdigung der Motive auch über den Rahmen der hier behandelten Frage von erheblichster Bedeutung ist. Die Motive erklären nämlich: es müsse dahingestellt bleiben, ob das Forderungsrecht auf das Heiratsgut in der Hand eines Rechtsnachfolgers die frühere rechtliche Natur behalte; dagegen träfen die Gründe der Anfechtung bei dem Rechtsnachfolger des Ehegatten nicht zu, und die Gefahr einer Umgehung der Vorschrift durch Einschiebung eines Zessionars, der die Illatenforderung nach erfolgter Sicherstellung der Ehefrau zurückzedire, sei ausreichend durch die Zulassung der Anfechtung gegen die Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gegners gewahrt. Diese Argumente sind indeß durchweg unzutreffend. Es mag ja sein, daß die Illatenforderung bei einer unter Zuziehung des Ehemannes erfolgenden Zession vielfach — ausdrücklich oder stillschweigend — ihrer Beziehung zu der Ehe der Betheiligten entkleidet wird [15]. Aber wenn solche Novation wirklich vorgenommen wird, so liegt eben in ihr die Rückgewähr der Illaten, und sie ist als solche, falls sie in die kritische Zeit fällt, anfechtbar. Denn eine Novation ähnlicher Art ist auch zwischen Ehegatten z. B. dadurch möglich, daß die Illaten der Frau für vorbehaltenes Vermögen derselben erklärt werden, und kann also sicher die Anfechtung seitens der Gläubiger nicht ausschließen. Ebensowenig sind die Gründe dieser speziellen Art der Anfechtung nur dem Ehegatten gegenüber zutreffend. Der Schuldner soll, sagen die Motive, die Fonds, mit denen er gewirthschaftet und auf Grund deren er sich Kredit verschafft, nicht zum Nachtheil seiner Gläubiger der Ehefrau zurückgeben. Aber es ist in der That unerfindlich, warum das Gesetz der Ehefrau gegenüber dies Verbot aufstellt, auf der anderen Seite aber die ganz gleiche Gefahr dulden will, daß der

---

Gründen möglich sein kann, soll durch die Bezeichnung der drei oben genannten Fälle nicht bestritten werden.

14 Motive 138.

15 Dies Argument findet sich bereits bei Strieth. 41[305].

Ehemann die Fonds, auf Grund deren er Kredit bekommen, zum Nachtheil seiner Gläubiger einem Zessionar seiner Frau zuwenden könnte. Bedenklicher ist der Einwurf, daß der Ehegatte selbst mit den Verhältnissen des Schuldners besser vertraut sein wird, als sein Rechtsnachfolger, und es ihm leichter sein wird, das Risiko einer bevorstehenden Insolvenz des Ersteren zu prüfen. Dafür ist aber die Zession des Heiratsgutes an einen Dritten und die spätere Sicherung oder Rückgewähr des Heiratsgutes doppelt auffälliger Natur, sodaß das Gesetz, ohne die Sicherheit des Verkehrs auch nur entfernt zu schädigen, dem Zessionar so gut wie dem Ehegatten die Gefahr der Anfechtung auferlegen kann. Die Folge wird höchstens sein, daß Niemand sich wird Illaten zediren lassen; diesen Nachtheil wird aber das Anfechtungsgesetz gern in den Kauf nehmen. Wenn endlich die Motive der Umgehung des Gesetzes mittels späterer Rückzession an den Ehegatten durch die Anfechtung gegen die Rechtsnachfolger des ersten Gegners wirksam begegnen zu können meinen, so ist dies in überraschendem Maß unzutreffend. Erstlich würde doch die Rückzession nur die allerplumpste und unwahrscheinlichste Form der Umgehung des Gesetzes sein. Weiter setzt aber § 33 R.K.O. bez. § 11 A.G. die Anfechtbarkeit gegen den Zessionar als den ersten Anfechtungsgegner voraus, und doch wird gegen ihn in der Mehrzahl der Fälle die Anfechtung, falls sie nicht gerade aus dem hier behandelten Falle der Anfechtung zugelassen wird, nicht begründet werden können. Die Motive haben denn auch mit ihren Argumenten, für die der Wortlaut des Gesetzes selber nicht die geringste Unterstützung gewährt, wenig Erfolg gehabt [16]; und nur das ist wiederum merkwürdig, daß diese gewiß nicht unwichtige Frage in der Reichstagskommission zur Sprache gebracht, von zwei Regierungskommissarien in geradezu entgegengesetztem Sinne beantwortet, dennoch aber unerledigt fallen gelassen wurde [17].

Stirbt der Ehegatte des Schuldners [18], so wird das Recht auf Rückgewähr des Heiratsgutes der Regel nach fällig, und die Rückgabe ist also von da ab keine freiwillige mehr; läßt aber der Erbe des Gatten dem Schuldner das Heiratsgut und macht von seinem Rückforderungsrechte nicht Gebrauch, so wird darin eine hier nicht anfechtbare Novation jenes Rechtes liegen, und dasselbe wird keinesfalls mehr ein „Heiratsgut" zum

---

[16] Dagegen Wilmowski 173, Hullmann 148², Völdernborff I. 313, Hartmann 69, Grützmann 194. Den Motiven folgen Sarwey 187, Meißner 124, Korn 87 flg.

[17] Vgl. die Erklärungen der Abg. Frankenburger und Hullmann, und der Regierungskommissare Hertz und Hagens, Prot. 28.

[18] Analog steht es mit dem Fall der Scheidung. Wilmowski 173 und Jäckel 103 gehen deshalb zu weit, wenn sie die Abfindung eines geschiedenen Ehegatten der Anfechtung schlechthin entziehen.

Gegenstande haben. In beiden Fällen ist die Rückgewähr und Sicherung also der Anfechtung aus unserm Paragraphen entzogen. Dagegen steht in vielen Fällen dem überlebenden Ehegatten — nicht als Erben, sondern eben als Wittwer — an dem Heiratsgut auch über die Dauer der Ehe hinaus ein Recht der Nutzung zu. Alsdann ist aber offenbar der Charakter des Heiratsgutes über die Dauer der Ehe hinaus verlängert. Wenn also ein Schuldner unter Verzicht auf diese Rechte den Nachlaß seines verstorbenen Ehegatten den Erben desselben restituirt, so ist auch diesem Akte gegenüber die Anfechtung zulässig. Es würde in der That auch an einem innern Grunde fehlen, die Anfechtung hier zu versagen, da auch derartige die Ehe überdauernde Rechtsverhältnisse den Charakter der Stabilität tragen, und ein Bedürfniß, dieselben willkürlich zu verändern, nicht besteht[19].

Dagegen ist das selbstverständlich, was für die preußische Praxis nur wegen der eigenthümlichen Redaktion der bezüglichen Gesetzesparagraphen zweifelhaft war, aber auch dort vom Obertribunal in unserm Sinne entschieden wurde[20] —, daß die Anfechtung aus § 25 2 und § 3 4 dem Singularsukzessor gegenüber nicht Platz greift, wenn die anfechtbare Handlung, also insbesondere die Sicherstellung bereits dem Ehegatten gegenüber vollzogen war, und der Rechtsnachfolger die Illatenforderung der Frau schon hypothekarisch gesichert zedirt erhält. Ein solcher Zessionar haftet vielmehr nur wie jeder andere, der nach Vornahme des anfechtbaren Aktes in die Rechte des ersten Anfechtungsgegners eintritt, so daß er also nur mit den in R.K.O. § 33, A.G. § 11 vorgesehenen Beschränkungen haftet.

6. Befristung. Früheren Gesetzen entgegen[21] beschränkt das Reichsrecht die Anfechtung auf Geschäfte, die in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung bez. der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs vorgenommen sind.

II. Ausnahmen von der Anfechtung.

§ 30.

Nicht jeder Akt der Rückgewähr und Sicherstellung ist anfechtbar. Ausgeschlossen ist zunächst jeder bereits in den Ehepakten stipulirte Rechtsakt, insbesondere jede dort bedungene Sicherheit, da das Gesetz ganz offenbar nicht von vornherein die Rechtsstellung des Ehegatten anderen Gläubigern gegenüber verschlechtern, sondern nur einer nachträglichen Ver-

---

19 Letztere Möglichkeit übersehen die Motive a. a. O. und auch Völderndorff I. 313, die die Anfechtbarkeit den Erben gegenüber allgemein verneinen.

20 Strieth. 70 10, Entsch. 63 17 (Just.M.Bl. 1870 S. 262). A. M. Beisert 482.

21 Keine Zeitgrenze setzte für die Anfechtung der postnuptial settlements England (Goldschmidt's Ztsch. 24 9. 153 72), und Preußen K.O. § 103; ebenso Entw. I. § 31. Die zweijährige Frist hatte dagegen Bayern 1223.

änderung des ehelichen Güterrechts zum Nachtheil der Gläubiger vorbeugen will[1]. Konsequent folgt aber hieraus, daß auch ein Rechtsakt, der zwar während der Ehe, aber gleichzeitig mit der Bestellung des neuerworbenen Heiratsgutes oder mit der Illation neuen ehefräulichen Vermögens bezüglich desselben vorgenommen wird, insoweit nicht anfechtbar ist.

Ausgeschlossen sind weiter solche Rechtsakte, auf welche der Gegentheil ein Recht hat, sofern nur dies Recht selbst nicht gleichfalls in der kritischen Zeit erworben ist[2].

Das Recht des Gegners kann zunächst auf Vertrag[3] beruhen. Alsdann sind aber nur diejenigen Rechtsakte von der Anfechtung ausgenommen, die genau der stipulirten Verpflichtung entsprechen, und selbst geringe Abweichungen, z. B. die Verpfändung von Werthpapieren statt der ausbedungenen Hypothek, bleiben der Anfechtung unterworfen[4]. Jedoch begründet eine Abweichung, die den Gläubigern absolut unnachtheilig ist, die Anfechtung nicht; z. B. wenn der Ehemann statt der ersten Hypothek auf seinem Landgut die erste Hypothek auf seinem Hausgrundstücke gewährt. Vorausgesetzt ist weiter die Giltigkeit des Vertrages; und selbst das genügt nicht, um die Anfechtung auszuschließen, daß der Schuldner zu dem angefochtenen Rechtsakt naturaliter verpflichtet war[5]. Denn die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit ist immer noch eine freiwillige und deshalb zur Anfechtung geeignet. Der Unterschied zwischen ihr und einer Leistung ohne alle Verpflichtung beruht eigentlich nur auf der subjektiven Auffassung der Betheiligten über den Charakter des Geschäfts, und solcher subjektiven Auffassung kommt für diesen Fall der Anfechtung eine wesentliche Bedeutung nicht zu. Zudem handelt es sich hier nach der Fassung des Gesetzes um eine Ausnahme von der Anfechtung, und diese ist als solche strikt zu interpretiren[6].

Das Recht des Gegners kann aber auch unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Der Hauptfall ist der der Auflösung der Ehe durch Tod oder durch Scheidung[7]. Daneben kommt für das landrechtliche Gebiet

---

[1] Wilmowski 173, Völderndorff I. 315.

[2] Das Rechtsverhältniß ist also ähnlich wie in § 23²; nur ist hier der Mangel eines Anspruches, der in § 23² Klagegrund ist, erst im Falle einer Einrede des Gegners von Bedeutung, und dieser hat die Existenz seines Anspruchs zu beweisen.

[3] Preußen § 103 und Entw. I. § 31 hatte die Verpflichtung durch Vertrag nicht erwähnt, weil sie keine Frist für die Anfechtung setzten, und deshalb der Vertrag stets anfechtbar gewesen wäre.

[4] Anders Hartmann 71.

[5] So auch Jäckel 109. Hartmann 71.

[6] Beide Gründe treffen auf den Fall des § 23² nicht zu, und deshalb ist für diesen die analoge Frage anders zu entscheiden. Vgl. § 35 Note 3.

[7] Vgl. über diesen Fall oben § 29 Note 18.

die Pflicht des Ehemannes in Betracht, die Illaten zurückzugewähren[8], wenn er in Konkurs verfallen und wenn er zum Unterhalte der Frau nicht mehr im Stande ist[9]. Eine besondere Bedeutung haben diese letztgenannten Fälle indeß nicht. Der erstere kommt überhaupt nur zur Anwendung, wenn der Ehemann nach Beendigung des ersten ein zweites Mal in Konkurs verfällt; der zweite Fall verliert dagegen dadurch an Wichtigkeit, daß ein Unvermögen des Ehemanns zur Erfüllung der Unterhaltungspflicht nur unter Einrechnung der Revenuen aus den Illaten in sein eigenes Vermögen festzustellen ist[10] und daß weiter nur wirkliches Unvermögen, nicht aber schon die bloße faktische Verweigerung des Unterhalts oder eine dringende Gefährdung seines Vermögens für die Zukunft ihn zur Rückgewähr verpflichtet[11]. In Betracht kommt weiter die Verpflichtung des mit Grundstücken angesessenen Ehemannes, innerhalb eines Jahres nach Eingehung der Ehe und eventuell nach Erwerb des Grundstückes die Illaten und die Morgengabe der Frau hypothekarisch sicherzustellen[12].

Ein weiterer Fall der gesetzlichen Verpflichtung zur Rückgewähr oder Sicherung des Heiratsgutes existirt im Gebiete des preußischen Landrechts nur beschränkt. Insbesondere besteht eine allgemeine Pflicht des Ehemannes nicht, das Eingebrachte der Frau, soweit es ihm in nichtfungibeln Sachen übergeben worden, in specie ihr zu erhalten und ihr also ein Aussonderungsrecht zu wahren oder eventuell wiederherzustellen. Dagegen fehlt ihm in einigen Fällen, bei Immobilien und Kapitalien, die Befugniß freier Veräußerung, und er ist deshalb, falls er dieser mangelnden Befugniß ungeachtet dennoch veräußert hat, insoweit zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, also auch zur Wiederherstellung des Aussonderungsrechts der Frau verpflichtet.

Ebenso besteht eine allgemeine Verpflichtung zur Sicherstellung in dem Falle nicht, daß „Umstände sich ereignen, welche die wahrscheinliche Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes begründen". Allerdings giebt § 255 A.L.R. II. 1 in diesem Falle der Ehefrau ein Recht auf Sicherung ihres Eingebrachten. Dieser Paragraph ist indeß den Gläubigern gegenüber bereits durch die preußische Konkursordnung aufgehoben. Die preußische Konkursordnung bestimmt nämlich in ihrem Einführungsgesetz, daß der Pfandrechtstitel der Ehefrau auf eine einjährige Frist beschränkt werde.

---

8 Nicht auch die Morgengabe, da § 269 L.R. II. 1 für diese nur eine Pflicht zur Sicherstellung statuirt.

9 L.R. II, 1 § 258. 261.

10 Entsch. 42^{211}, Strieth. 36^{304}, Reichsgericht I. 136; früher abweichend Entscheidungen 17^{293}.

11 Strieth. 86^{162}, Entsch. 68^{29}.

12 Art. XII des Einf.Ges. zur Preuß. K.O. Dazu kritisch Wenzel u. Klose 539.

Ein allgemeines Odium gegen die Ehefrauen, ein Bestreben, ihre Illatenforderung an und für sich unsicher zu gestalten, oder andrerseits irgend eine spezielle Erwägung aus dem Gesichtspunkt des Pfandverhältnisses oder des Immobiliarkredits, dies alles war sicher nicht der Grund zu dieser Bestimmung; vielmehr hatte dieselbe, wie ihre Stellung in dem Einführungsgesetz zur Konkursordnung beweist, eben nur den Fall einer Konkurrenz anderer Gläubiger neben der Ehefrau im Auge und verfolgte den Gedanken, daß eine Sicherung der Ehefrau zwar nicht an und für sich, wohl aber, soweit sie die Interessen der Mitgläubiger gefährdet, beschränkt werden müsse. Nun erwäge man, daß jeder einzige drohende Konkurs des Ehemannes zugleich die dringende „Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes" der Illatenforderung enthält [13], daß also, falls § 255 cit. als fortdauernd aufrecht erhalten würde, die Ehefrau bei einem bevorstehenden Konkurse des Mannes ausnahmslos ein Recht auf Sicherstellung haben würde. Die Beschränkung dieses Rechtes, wie das Einführungsgesetz sie intendirt, würde mithin überall, nur nicht für den Fall der Konkurrenz anderer Gläubiger von Bedeutung gewesen sein. Dies Ergebniß wäre aber dem Sinne jener Bestimmung geradezu entgegengesetzt, und beweist, daß § 255 cit. für den Konkursfall nicht in Geltung geblieben sein kann. Zu demselben Ergebniß führt § 103 der preußischen Konkursordnung, der, ziemlich übereinstimmend mit dem hier behandelten Paragraphen des Reichsgesetzes, die Sicherung der ehefräulichen Illaten dann für unwirksam erklärt, wenn sie nicht kraft einer gesetzlichen Verpflichtung des Ehemannes erfolgt ist. Leitete man bezüglich dieser Vorschrift eine zureichende Verpflichtung des Ehemannes aus § 255 cit. ab, so würde man zu dem irrationellsten Resultat kommen, das denkbar ist. Die Anfechtung würde nämlich eine Sicherstellung nicht treffen, die im Hinblick auf die drohende Insolvenz des Ehemannes, also mit dem klaren Bewußtsein einer Schädigung der andern Gläubiger geschieht; sie würde dagegen eine Sicherheitsleistung mit aller Schärfe ergreifen, welche Jahre vorher in redlichster Weise, nur aus Argwohn gegen den Eigennutz oder den Leichtsinn des Mannes, verlangt und gewährt worden ist. Unanfechtbar wäre die Sicherung, welche allen längst bestehenden Forderungen nachträglich gerade in dem kritischen Augenblick die Mittel zur Befriedigung entzieht, anfechtbar dagegen ein Rechtsakt, der vielleicht älter als sämmtliche im Konkurse liquidirten Forderungen ist, dessen Vornahme die meisten Gläubiger gekannt haben, mit der sie also bei der Kreditgewährung an den Ehemann rechnen konnten. Schon wenn nur die reichsrechtliche Bestimmung, wie wir sie in K.O. § 25² u. A.G. § 3⁴ besitzen, vorläge, würde dies Ergebniß juristisch schwer verständlich sein, aber immerhin als eine durch die Konkurrenz des Landesrechtes erklärliche Anomalie erscheinen. Da es

[13] Goltdammer 51.

hier aber bereits die preußische Konkursordnung ist, die mit dem für das gleiche Rechtsgebiet geltenden älteren Rechte so seltsam in Widerspruch treten würde, wird man nicht zweifeln, daß das alte Gesetz durch das neuere stillschweigend aufgehoben ist.

Diese sachlichen Gründe sind so zwingend, daß sie selbst erheblichen Gegengründen gegenüber Stich halten würden. Thatsächlich fehlt es aber an solchen Gegengründen durchaus. Das angebliche argumentum a contrario aus dem Einführungsgesetz, auf welches vielfach Bezug genommen wird, ist sicher nicht beweisend [14]. Allerdings hebt dies Gesetz einige Paragraphen des ersten Titels zweiten Theiles des Landrechts ausdrücklich oder unter direkter Bezugnahme auf ihren Inhalt auf und gedenkt dabei des § 255 cit. nicht. Dies beweist aber nur, was ohnehin selbstverständlich war, daß die Konkursordnung kein vollständiges Verzeichniß der durch sie beseitigten landrechtlichen Bestimmungen aufgestellt hat; und vielleicht weiter, daß § 255 nicht vollständig und namentlich nicht für das persönliche Verhältniß zwischen den Ehegatten beseitigt ist, sicher aber nicht, daß § 255 cit. überhaupt noch fortdauernd in dem alten Umfange hat in Kraft bleiben sollen. Noch weniger beweist Art. VII des Einführungsgesetzes. Allerdings wird hier neben andern Vorrechten auch das aus § 255 abgeleitete Recht der Ehefrau auf Sicherheitsleistung ausdrücklich zugelassen, und also deutlich die fortdauernde Geltung des Paragraphen anerkannt. Art. VII ist aber nur eine transitorische Bestimmung und hat in Absatz 1 ausdrücklich alle früheren Privilegien der Ehefrau auf ein Jahr aufrecht erhalten; nur auf diese Jahresfrist braucht also die Bezugnahme des Artikels auf § 255 gedeutet zu werden. Das einzig wirklich erhebliche Gegenargument gegen unsere Auffassung ist, daß die Autorität des frühern preußischen Obertribunals [15] sich, zum Theil in Widerspruch mit den Entscheidungen der Appellinstanz, für die Fortdauer des § 255 gegenüber der Konkursordnung erklärt

---

[14] Man erwäge zudem, wie bei der Redaktion der Pr. K.O. die Privilegien der Ehefrau Gegenstand der lebhaftesten Kontroversen waren und die schließliche, allseitig als wenig glücklich anerkannte Lösung derselben auf einem im letzten Stadium der Berathung beschlossenen Kompromisse beruhte. Vgl. Preuß. Motive 75 flg., Goltdammer 51 flg., Koch, Prozeß-Ordn. zu K.O. § 88, Beisert 469 flg. Die Annahme: der Wortlaut des Gesetzes sollte den letzten Gedanken des Gesetzgebers so genau ausdrücken, daß aus der Nichterwähnung eines früheren Gesetzesparagraphen dessen Aufrechterhaltung geschlossen werden könnte, würde wesentlichsten Eigenthümlichkeiten parlamentarischer Gesetzgebung widerstreiten.

[15] Entsch. 43[433], Strieth. 43[299]. 44[5]. 82[190]. Auch die Preußischen Motive setzen die Fortdauer des § 255 zweifellos voraus; vgl. 75 flg. der Motive. Gerade die Behandlung der ehefräulichen Ansprüche im Konkurse ist freilich einen ganz andern Weg gegangen als die Motive wollten, und darum deren Autorität nicht sehr erheblich.

hat. Vergeblich sucht man indeß in den Erkenntnissen dieses Gerichtshofs eine Widerlegung der hier vorgetragenen Gründe: der leitende Gedanke für die preußische Judikatur ist hier eben derselbe gewesen, wie überall, wo das Anfechtungsrecht in Frage kam, die engste Auslegung der Anfechtungsgesetze, ein Prinzip, dessen Berechtigung wir schlechthin verneinen müssen [16].

Die Befugniß, Sicherheitsleistung zu verlangen, muß jedenfalls auf den besonderen Rechtsverhältnissen des ehelichen Güterrechts beruhen. Der Anspruch auf Sicherheit, wie er allgemein im bürgerlichen Rechte, etwa als Pfandrechtstitel auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung oder als Arrestgrund anerkannt wird, genügt deshalb nicht, um die Anfechtung der Sicherung eines Heiratsgutes auszuschließen [17].

Die Verpflichtung zur Sicherstellung schließt die Verpflichtung zur Rückgewähr nicht in sich; ebensowenig aber ist das Umgekehrte der Fall [18]. Deshalb sind beide Verbindlichkeiten streng zu trennen. Namentlich bleibt es eine anfechtbare Handlung, wenn der Ehemann, welcher Grundstücke besitzt, binnen Jahresfrist, statt die Illaten hypothekarisch zu sichern, dieselben vollständig zurückgewährt, und ebenso bleibt es anfechtbar, wenn der Ehemann, der seine Frau nicht zu unterhalten im Stande ist, statt derselben ihr Eingebrachtes zurückzugeben, dasselbe sicherstellt.

Hat der Ehegatte auf die ihm gewährte Begünstigung in der oben entwickelten Weise ein Recht, so genügt dessen objektive Existenz. Daß es den Betheiligten bekannt gewesen und daß die Begünstigung ausdrücklich auf die Verpflichtung hin gewährt wird, ist nicht erforderlich [19].

Wie im Allgemeinen nur ein giltiger Anspruch auf Rückgewähr oder Sicherung die Anfechtung ausschließt, so darf der Anspruch insbesondere nicht selber anfechtbar sein. Soweit er auf einer Rechtshandlung beruht, darf diese also nicht innerhalb einer zweijährigen Frist vor dem kritischen Zeitpunkt vorgenommen sein. Denn eine solche Handlung ist nichts als ein präparatorischer Akt zu der demnächst wirklich erfolgenden Rückgewähr oder Sicherstellung, bildet mit ihr einen einzigen Akt und ist, da für ihn als Ganzes die Verpflichtung noch nicht vorliegt, der Anfechtung unterworfen. Und zwar braucht bei der Vornahme jenes präparatorischen Aktes noch gar nicht die Absicht vorhanden gewesen zu sein, denselben später zu Gunsten des Ehegatten zu verwerthen, weil ja auch, wie wir oben sahen,

---

16 Vgl. oben § 7. Beisert 469. 476 stimmt mit uns überein. Die herrschende Meinung, Wilmowski 174, Völderndorff I. 315, Hartmann 69 folgt dagegen dem Obertribunal. Zweifelnd Jäckel 107 flg.

17 Sowenig wie bei der Anfechtung von Gratifikationen. Vgl. § 35 gegen Ende.

18 Dies wird vielfach verkannt. Vgl. § 28 zu Note 19 u. Reichsg. 7^{111}.

19 Vgl. Entsch. 64^{360}. 70^{177}.

die Sicherstellung selbst nicht nothwendig eine absichtliche gewesen sein muß. Uebrigens spricht das Gesetz diese Erstreckung der zweijährigen Frist auf die Begründung der Verpflichtung zur Sicherstellung nur für den einen Fall aus, daß die Verpflichtung auf einen Vertrag gestützt wird, und eine bloße Wortinterpretation wird wieder geneigt sein, hieraus ein argumentum a contrario für die Behandlung der gesetzlichen Verpflichtung zu entnehmen. Aber auch hier ist dies Argument verfehlt. Sonst würde der Ehemann bei drohender Insolvenz weiter nichts zu thun haben, als um jeden Preis sich ein Grundstück zu kaufen, und mit demselben für die Illaten der Frau eine sichere Hypothek zu bestellen. Er würde alsdann nicht blos den Illatenanspruch der Frau gesichert, sondern vor allem ihr den schwierigen Beweis der Illation erspart haben. Die Manipulation wäre so lohnend, daß der Schuldner selbst bei einem sehr theuren Preise des Grundstücks seine Rechnung finden würde. Um dem vorzubeugen, darf offenbar einer gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherung des Ehegatten, die erst in der kritischen Zeit durch Rechtshandlung begründet wird, nicht die Wirkung zugesprochen werden, die Anfechtung aus K.O. § 25[2] auszuschließen.

Kapitel sechs.

Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz.

I. Die objektiven Voraussetzungen.

§ 31.

Der fünfte Fall der Anfechtung setzt, abgesehen von einer gewissen zeitlichen Begrenzung und seiner Beschränkung auf den Konkursfall, objektiv eine bestimmte Art des anzufechtenden Rechtsaktes, subjektiv aber die Kenntniß des Anfechtungsgegners voraus, daß der Gemeinschuldner zur Zeit der Vornahme des Aktes sich im Zustande der Insolvenz befand, § 23[1], R.K.O.

Die Art der anfechtbaren Rechtsakte ist in doppelter Weise bestimmt. Dadurch ergeben sich zwei Gruppen derselben, welche hier zunächst zu erörtern sind.

1. Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden.

Rechtsgeschäfte, nicht also bloße Rechtshandlungen[1]. Es scheiden deshalb zunächst die Unterlassungen einschließlich der Prozeßversäumniß aus.

---

[1] Korn 38 will dagegen beide Begriffe identifiziren, da das Wort „Rechtsgeschäft" in § 23[1] Satz 1 nur aus einem redaktionellen Versehen nicht durch das Wort „Rechtshandlung" ersetzt sei.

Denn hier ist überall die Rechtswirkung von dem Willen des Unterlassenden unabhängig, und dieser Wille ist das wesentlichste Moment im Rechtsgeschäft. Wenn also einmal im konkreten Falle die Rechtswirkung in der That beabsichtigt war, so wird dadurch die Unterlassung noch nicht zum Rechtsgeschäft, so wenig wie der Diebstahl oder die Sachbeschädigung durch die frivole Absicht des Delinquenten, sich gerade ex delicto zu verpflichten, Rechtsgeschäft wird. Es scheidet weiter aus die Illation von Möbeln in eine Wohnung, um dem Vermiether ein Pfandrecht daran zu gewähren, weil auch hier das Pfandrecht ohne den Willen des Inferenten und sogar gegen seinen Willen entstehen würde. Auch die Begründung eines kaufmännischen Retentionsrechtes dürfte bloße Rechtshandlung sein. Dagegen gehören nicht bloß zweiseitige Akte[2] hierher. Der einseitige Verzicht, das gerichtliche Geständniß, der Antrag auf Verurtheilung im Prozeß, dies alles sind dem allgemeinen Begriffe nach Rechtsgeschäfte und scheiden auch dadurch aus dem Bereich der Anfechtung nicht aus, daß, wie später auszuführen, das Gesetz sich sowohl den Kridar als den Gegner als „eingehende Theile" denkt. Ebenso ist die Zahlung ein Rechtsgeschäft[3]. Ebenso endlich auch, wenn schon dies zweifelhaft sein mag, ungiltige Rechtsakte der Betheiligten: denn die Rechtswirkung, die diese immerhin erzielen und die erst durch die konkursmäßige Anfechtung beseitigt werden soll[4], führt im Grunde gleichfalls auf den Willen der Betheiligten zurück, und das ungiltige Rechtsgeschäft steht somit dem giltigen insoweit gleich.

Das Rechtsgeschäft muß weiter schon durch seine Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt haben.

Diese Besonderheit ist im Allgemeinen bereits gewürdigt worden. Hier ist noch zu betonen, daß das Gesetz nur eine Benachtheiligung der Konkursgläubiger, d. i. derjenigen Gläubiger fordert, die ihre Befriedigung in dem Konkursverfahren hätten suchen müssen, falls der Konkurs bereits zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Rechtaktes eröffnet gewesen wäre. Es genügt also einerseits die Benachtheiligung eines Aus- oder Absonderungsberechtigten nur insoweit, als dessen Anspruch ganz oder theilweise sich in eine Konkursforderung verwandelt und dadurch indirekt die Konkursgläubiger schädigt. Andrerseits wird aber auch die Anfechtung dadurch nicht ausgeschlossen, daß das angegriffene Rechtsgeschäft eine Zahlung oder Sicherung für einen Aus- oder Absonderungsberechtigten oder vor allem für einen aus R.K.O. § 56 beim Konkursverfahren nicht betheiligten Gläubiger, insbesondere für einen Geschenknehmer enthält: diese

---

[2] Anders Sarwey 155.

[3] Abweichend früher Stricth. 10[20].

[4] Vgl. oben § 14.

[5] Vgl. oben § 17 Nr. 1.

Geschäfte, weil immerhin zu Gunsten eines Gläubigers geschlossen, stellen allerdings, wie wir bei der paulianischen Anfechtung ausführten, keine Benachtheiligung der Gläubiger dar, enthalten dagegen zweifellos eine Benachtheiligung der „Konkursgläubiger", und sind deshalb hier, im Gegensatz zu der paulianischen Anfechtung und der Anfechtung gegen Verwandte — K.O. § 24 — anfechtbar.

In welchem Umfang die Gläubiger durch den streitigen Rechtsakt geschädigt werden, ist unerheblich, und selbst die kleinste Werthdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung genügt, um die Anfechtung zu begründen[6]. Denn es liegt ein Anlaß nicht vor, warum die Gläubiger auch nur den kleinsten Nachtheil durch ein Geschäft erleiden sollen, von dem die Betheiligten wissen, daß die drohende Konkurseröffnung dasselbe zu einem Experiment auf Kosten dieser selben Gläubiger macht.

2. Sicherung oder Befriedigung eines Konkursgläubigers. Sie unterscheidet sich zunächst von der ersten Gruppe dadurch, daß sie die Begünstigung eines Konkursgläubigers, nicht also eine Schädigung der Gesammtheit der Konkursgläubiger bewirkt; in zweiter Linie greift außerdem der weitere Unterschied Platz, daß hier jede „Rechtshandlung" anfechtbar ist, welche die bezeichnete Wirkung hat, und also die Schranken fortfallen, welche durch den Begriff „Rechtsgeschäft" für die erste Gruppe gezogen sind; endlich wird, was erst später zu erörtern ist, die Betheiligung des Gemeinschuldners an einer Handlung der zweiten Gruppe in geringerem Maße erfordert, als bei einem Rechtsgeschäfte der ersten.

Befriedigung und Sicherung sind hier im weitesten Sinne zu nehmen[7]. Die erste umfaßt demnach nicht blos die eigentliche Erfüllung einer Verbindlichkeit oder eine solche Leistung, die, wie bei der Hingabe an Zahlungsstatt, durch Verabredung der Parteien ausdrücklich der eigentlichen Erfüllung gleichgestellt wird. Denn nicht um die Rechtsform der Erfüllung von Verbindlichkeiten handelt es sich hier, sondern darum, daß thatsächlich kein Gläubiger vor dem andern auf Kosten der Masse einen Vorzug erhalten soll. Diesem Erforderniß entspricht aber jede Tilgung einer Forderung, die gegen Entgelt geschieht, sei es nun, daß das Entgelt durch Kompensation, durch Tausch[8], durch Zahlung eines Abstands- oder Reugeldes[9] gegeben wird. Deshalb gehören denn auch gleichmäßig Leistungen auf

---

[6] A. M. Otto 51. Sarwey 155.

[7] Vgl. namentlich Hullmann 142 flg.

[8] Z. B. ein Vertrag, durch den der Kridar seine Forderung zedirt und als Aequivalent eine noch nicht fällige Gegenforderung an sich zurückzedirt erhält. Entsch. 43[458]. Vgl. auch Dalloz, repert. 24 Nr. 288.

[9] Auch durch Rückgabe der dem Kridar auf Kredit gelieferten Waare R.O.H.G. 2[75]. 24[204].

Geldforderungen, wie solche auf Forderungen von Waaren- oder Arbeitslieferungen hierher, sobald diese nur an sich im Konkurse geltend zu machen wären[10]. Ebenso geht der Begriff der Sicherung auf alle Rechtsakte, welche in irgend einer Form das Recht der Gläubiger auf eine der ebengenannten Arten der Befriedigung gegenüber der Konkurrenz anderer Berechtigter oder dem pflichtwidrigen Verhalten oder der Insolvenz des Schuldners auf Kosten der Masse schützen sollen. Deshalb fällt ebenso die Bestellung von Pfändern und Hypotheken, wie die Begründung eines Retentionsrechts[11], einer Aussonderungsbefugniß[12], ein mit größerer Sicherheit verbundenes Zahlungsversprechen, etwa durch Wechsel, ein Kaufgeschäft zum Zwecke der Verpfändung darunter; unter Umständen auch der Abschluß eines Kaufvertrages unter Kreditirung des Preises seitens des verkaufenden Kridars, zum Zwecke der Kompensation auf eine eventuelle[13] Forderung des Käufers an den Kridar. Daß es endlich darauf, ob der Anfechtungsgegner ein Recht auf die Sicherheit, insbesondere also einen Titel zum Pfandrecht hatte, nicht ankommt, braucht kaum besonders hervorgehoben zu werden.

Dagegen sind nur Leistungen an Konkursgläubiger gemeint[14], und diese Einschränkung ist hier für die fünf Gruppen der Gläubiger, die im Konkurse in Betracht kommen, einzeln zu erörtern.

a) Forderungen, die im Konkurse überhaupt nicht zu berücksichtigen sind, — aus Schenkungen und auf Strafen insbesondere —, hören darum nicht auf, Forderungen zu sein, und die Erfüllung derselben ist Zahlung auf Schuld, und also nicht unentgeltliche Verfügung. Die Anfechtung der Schenkungen findet also nicht statt. Ebenso reicht die Anfechtung aus dem ersten Satze unseres Paragraphen nicht aus, namentlich mit Rücksicht auf die aktive Betheiligung des Gemeinschuldners, die dort vorausgesetzt ist. Sie müssen deshalb, da sie keinesfalls günstiger behandelt werden dürfen,

---

[10] Abweichend früher Strieth. 41²⁸⁴. Uebereinstimmend für das französische Recht Pardessus, cours du droit commerc. III. Nr. 1139. Rousseau 446 Nr. 50.

[11] So R.O.H.G. 24⁴⁰⁸ für das kaufmännische Retentionsrecht.

[12] Vgl. oben § 29 Nr. 3.

[13] Z. B. die bedingte Regreßforderung des Bürgen; ist die Gegenforderung schon perfekt, so bezweckt die Kompensation nicht Sicherung, sondern Befriedigung. Gegen die Anfechtbarkeit dieser Geschäfte übrigens R.O.H.G. 7³³⁵.

[14] Die Franzosen — z. B. Pardessus, cours du droit comm. III. Nr. 1139, Alauzet, comment. du code de comm. VI. Nr. 2532 — erwähnen hier nur den Gegensatz des Aussonderungsanspruchs, während das Gesetz ganz allgemein von „dette“ spricht. Da sie indeß dem Gläubiger den Beweis seines guten Glaubens nachlassen, selbst wenn er die Zahlungseinstellung seines Schuldners gekannt hat, — vgl. oben § 4 Anm. 10, — so wird auch eine Zahlung an einen Gläubiger der Kategorie c—d im Resultat nicht anfechtbar sein.

als die gewöhnliche Konkursforderung, nach der Analogie derselben behandelt werden, und die Befriedigung oder Sicherung eines Anspruches dieser Art fällt deshalb unter die hier behandelte Gruppe anfechtbarer Akte.

b) Forderungen gewöhnlicher Konkursgläubiger bilden den Hauptfall dieser Gruppe. Sie bedürfen deshalb als solche nicht der Erörterung. Und nur das ist hervorzuheben, daß auch die Zahlung auf privilegirte Forderungen anfechtbar bleibt, solange nicht der Empfänger die Richtigkeit seiner Forderung und die Zulänglichkeit der Masse zur Vollbefriedigung der Forderungen gleichen Ranges nachweist [15]. Auch Deliktsforderungen gehören hierher, wenn sie nicht ausnahmsweise den Charakter eines Absonderungsrechts haben [16].

c) Forderungen, bei denen der Gläubiger die von ihm geschuldete Gegenleistung dem Kridar gegenüber zur Zeit der angefochtenen Zahlung noch nicht vollzogen hatte [17]. Diese nehmen nach dem System der Konkursordnung eine Mittelstellung ein, insofern sie sich in eine Masseforderung verwandeln, sobald der Verwalter in das Geschäft eintritt, oder in eine konkursmäßige Schadensersatzforderung, sobald der Verwalter den Eintritt ablehnt. So lange also der Gläubiger, welcher Zahlung noch nicht empfangen hat, seine Gegenleistung zurückhält, kann er diejenige Forderung, deren Zahlung in Frage steht, also nicht die Forderung auf Schadensersatz, sondern auf Erfüllung, im Konkurse nicht geltend machen, sie ist also auch nicht Konkursforderung im Sinne unsres Paragraphen, und eine Zahlung und Sicherung bezüglich derselben fällt nicht unter die hier behandelte Gruppe anfechtbarer Akte. Dies Resultat entspricht nun auch der Lage der Sache und läßt sich nicht etwa, wie es bei der Schenkungsforderung sehr wohl anging, im Wege der ausdehnenden Interpretation beseitigen. Denn erstlich trifft die par conditio creditorum, auf deren Schutz dieser Fall der Anfechtung beruht, doch nicht den Forderungsberechtigten als solchen, sondern nur den Kreditor im engeren Sinne, denjenigen, der Kredit gegeben: sonst wäre die Behandlung der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfüllten Geschäfte eine unerklärliche Anomalie, und es müßte vielmehr der Mitkontrahent des Gemeinschuldners die ihm obliegende Leistung vollständig gewähren und sich mit der konkursmäßigen Quote der Gegenleistung des Kridars begnügen; sonst wäre auch die besondere Anfechtbar-

---

[15] Denn alsdann fehlt es an einer Verkürzung der Gläubiger. Strieth. 36 135. Letztere Entscheidung spricht sich übrigens über die Beweisfrage nicht aus.

[16] Alauzet, comment. du c. de c. VI. Nr. 2532. Rousseau 447 Nr. 176.

[17] Diese Gruppe wird als solche gewöhnlich nicht hervorgehoben, trotz ihrer offenbaren Wichtigkeit; nur für den einen Fall, daß eine Sicherheit gleichzeitig mit der Begründung der zu sichernden Forderung bestellt wird, wird die Anfechtbarkeit verneint. So Wilmowski 163.

keit der Rechtsgeschäfte aus dem ersten Satze unseres Paragraphen so gut wie überflüssig, weil fast eine jede Leistung des Kridars sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit auffassen läßt und also anfechtbar wäre, ob das Geschäft den Gläubigern nachtheilig ist oder nicht. In der That wäre aber auch die Anfechtbarkeit einer Leistung des Kridars, deren Entgelt noch aussteht, nach allen Seiten hin sehr gefährlich. Denn jeder Gläubiger würde, sobald etwas von der Insolvenz des Schuldners verlautete, seine Lieferungen an ihn einstellen, mag ihm auch der Schuldner baare Zahlung offeriren; denn er wird die Gefahr, daß er Verzugszinsen zahlen muß, falls das Gerücht der Insolvenz sich nicht bewahrheitet, weit eher riskiren wollen, als die andere Gefahr, die erhaltene Zahlung des Kridars bis auf eine kleine Konkursdividende zurückgeben zu müssen, ohne seine eigene Lieferung zurückzuerhalten; er wird also mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit so lange hinhalten, bis der Konkurs formell eröffnet und ihm das Privileg des noch nicht erfüllten Geschäftes erworben ist. Die Ausdehnung der Anfechtung auf Zahlungen dieser Art würde mithin den Kredit des Schuldners auf das empfindlichste erschüttern und damit die Interessen seiner Gläubiger indirekt gleichfalls schädigen. Man wird sich also zweifellos gegen solche Ausdehnung der Anfechtung entscheiden.

Der Grund dieser Entscheidung kann aber, der allgemeinen Fassung unseres Paragraphen gegenüber, nur der sein, daß ein Gläubiger, welcher die von ihm geschuldete Gegenleistung zurückhält, nicht als Konkursgläubiger gilt. Läßt sich dies aber nur aus den Normen ableiten, welche das Gesetz über die Behandlung nicht erfüllter Rechtsgeschäfte im Konkurse aufstellt, so ist auch der Umfang dieser Normen für die Einschränkung der Anfechtbarkeit entscheidend. Es ist namentlich festzuhalten, daß es darauf nicht ankommt, ob der Gläubiger berechtigt war, seine Gegenleistung zurückzuhalten, und daß also die Anfechtung nicht blos dann ausgeschlossen ist, wenn Leistung Zug um Zug verabredet war, sondern ebenso, wenn der Kridar Vorleistung seitens des Mitkontrahenten verlangen durfte. Maßgebend ist eben nur die Thatsache, daß der Gläubiger Befriedigung nicht später erhalten hat, als er seinerseits erfüllte.

Auch der Sicherstellung gegenüber gilt derjenige, der die ihm selbst obliegende Leistung noch nicht vollzogen hat, nicht als Konkursgläubiger, und es ist deshalb die Bestellung eines Pfandrechts, die gleichzeitig mit der Begründung der zu sichernden Forderung erfolgt oder ihr vorausgeht, unanfechtbar, und ebenso eine spätere Pfandbestellung, sobald sie nur vor der Gegenleistung des Gläubigers erfolgt[18].

---

[18] Hat der Gläubiger seinerseits bereits theilweise erfüllt, so steht ihm dennoch eine Konkursforderung auf die Gegenleistung des Kridars nicht zu, und die Zahlung des Kridars fällt also auch nicht unter die Geschäfte der Gruppe 2, es wäre

d) Bei Ansprüchen der Aus- und Absonderungsberechtigten, denen gleichzeitig eine konnexe Konkursforderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, beschränkt sich das Vorzugsrecht ausschließlich auf ein dingliches Substrat, und jede Befriedigung, und, soweit sie vorkommt, jede Sicherung aus diesem Substrat bezieht sich nur indirekt auf die Konkursforderung und ist also, der Absicht des Gesetzes gemäß, hier nicht anfechtbar. Bekommt der Berechtigte dabei mehr, als er kraft seines Vorzugsrechts zu fordern hat, oder ist die Art und Weise, wie ihm Befriedigung gewährt wird, der Masse nachtheilig, so läßt sich die Anfechtung nur aus einem andern Gesichtspunkt — etwa aus K.O. § 25 oder § 23¹ Fall 1 — begründen. Jede Befriedigung aber und jede Sicherung, die aus dem anderweiten Vermögen des Kridars kommt, hat naturgemäß nur auf die persönliche Forderung Bezug, selbst wenn die Parteien ausdrücklich das Gegentheil erklären, und ist deshalb einfach als Leistung an einen Konkursgläubiger anfechtbar. Hierher gehört namentlich die Auszahlung einer Hypothek durch baares Geld, welches nicht dem Pfandgrundstück entnommen ist[19], ebenso aber auch die Bestellung eines neuen Faustpfandes für eine bereits pfandweise gesicherte Forderung[20]. Und zwar gilt dies auch dann, wenn der Gläubiger in die Löschung der Hypothek willigt oder das frühere Faustpfand zurückgibt, da auch sonst der Gläubiger beim Empfang einer Zahlung neben der Quittung anderweite Verpflichtungen übernehmen kann, ohne daß dadurch der Akt der Befriedigung und beziehentlich der Sicherstellung seinen rechtlichen Charakter verändert[21, 22].

e) Reine Aus- und Absonderungsrechte wie Grundschulden und Eigenthumsansprüche[23]. Eine Sicherung oder Befriedigung, die in Bezug auf

---

denn, daß es sich um theilbare Leistungen handelte. Dagegen wird der Regel nach die Anfechtung aus § 23¹ Satz 1 Abhilfe schaffen, da eine derartige Zahlung des Gemeinschuldners meist ein Rechtsgeschäft ist, welches die Konkursgläubiger schon durch seinen Abschluß benachtheiligt.

19 Anders, wenn der Kridar mit dem beim Verkauf des Pfandgrundstücks erzielten Preise zahlt. Vgl. R.O.H.G. 14³²⁴.

20 Ebenso beim Austausch zweier Hypotheken, auch wenn sie auf demselben Pfandgrundstück stehen. Anders wenn beide Hypotheken durchaus gleichwerthig sind und die Gläubiger also durch den Tausch nicht geschädigt werden; so Alauzet 2517; auch hier läßt Anfechtung zu Bédarride 132.

21 Z. B. die Zession der getilgten Forderung. Auch Strieth. 14²²⁵ nimmt hier Zahlung, und kein lästiges Rechtsgeschäft an.

22 Korn 27. Die herrschende Meinung scheint die Zahlung an Aus- und Absonderungsberechtigte allgemein oder doch wenigstens soweit sie den Werth des Vorzugsrechtes und insbesondere des Pfandes nicht übersteigt, von dieser Gruppe auszuschließen: so Völderndorff I. 278. Umgekehrt will Fitting 150¹⁸ die Zahlung an Absonderungsberechtigte der an Konkursgläubiger gleichstellen.

23 Korn 27 rechnet auch die Nachlaßschulden im Konkurse des Erben hierher,

solche Ansprüche erfolgt, ist niemals eine Leistung an einen Konkursgläubiger und fällt deshalb in diese Gruppe anfechtbarer Akte nicht. Dagegen kann sehr wohl ein Fall der ersten Gruppe, ein Rechtsgeschäft, dessen Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt, vorliegen. Wenn insbesondere der Kridar eine Leistung dieser Art aus seinem freien Vermögen macht, so ist die Benachtheiligung der Konkursgläubiger schon an sich liquid, da der Fortgabe von Exekutionsmitteln als Entgelt höchstens die Tilgung einer Forderung gegenübersteht, welche mit den übrigen persönlichen Forderungen an den Kridar nur beschränkt konkurrirt; es ist deshalb Sache des Gegners nachzuweisen, daß im konkreten Falle die Tilgung des Ab- und Aussonderungsrechts der Masse ein freies Aktivum zuführte und dadurch auch für die Konkursgläubiger ein zureichendes Entgelt enthielt.

II. Fortsetzung. Zeitliche Begrenzung.

§ 32.

Die beiden eben entwickelten Gruppen anfechtbarer Handlungen müssen noch einer weiteren objektiven Bedingung genügen, sie müssen zeitlich nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Antrag auf Konkurseröffnung vorgenommen sein.

1. Soweit diese Begrenzung der Anfechtung als eine objektive in Frage kommt, beruht sie auf dem legislativen Gedanken, daß die Ungiltigkeit der Verfügungen über das Vermögen des Schuldners zum Nachtheil seiner Gläubiger nicht erst von dem durch Zufälligkeiten bedingten, durch einfache Manipulationen leicht hinauszuschiebenden Tage der Konkurseröffnung abhängen darf, sondern daß dafür mehr oder minder die Zeit entscheiden muß, wo die materiellen Voraussetzungen des Konkurses eingetreten sind.

Nach dem System der R.K.O. würde danach in der Regel der Zeitpunkt maßgebend sein, wo der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist, und wenn eine Aktiengesellschaft oder ein Nachlaß Schuldner ist, der Zeitpunkt, wo eine Ueberschuldung eingetreten ist. Nur sind beide Momente als Daten, von denen die Wirksamkeit von Rechtsakten abhängen soll, zu unbestimmt, und es war deshalb nach Möglichkeit dem prinzipiell maßgebenden Zeitpunkte ein anderer ihm naheliegender zu substituiren, dem der Vorzug größerer Bestimmtheit zukommt. Andrerseits durfte aber das Gesetz bei der Wahl des letzteren den prinzipiellen Gesichtspunkt nicht außer Acht lassen und

---

derart, daß er auch die Zahlung aus dem eignen Vermögen des Erben an jene nicht als an einen Konkursgläubiger geschehen erachtet. Das ist richtig, wenn der Erbe die Benefizialqualität erworben hat; der Erbe ohne Vorbehalt ist dagegen den Nachlaßgläubigern auch persönlich verhaftet, es liegt also Fall d vor.

einer zwecklosen Kasuistik verfallen. Vielmehr wäre es — um hier von der subjektiven Seite der Frage noch abzusehen — zweckmäßig gewesen, einfach die Zeit für maßgebend zu erklären, in der die Zahlungsunfähigkeit, beziehentlich die Insuffizienz des Vermögens in einem thatsächlichen Vorgange nach außen hin zuerst hervortrat. Die Praxis hätte ohne große Schwierigkeit diese allgemeine Norm im Einzelnen anzuwenden gewußt. Es hätten ihr für die Thatsache der Insolvenz als Beispiele neben der Zahlungseinstellung die Flucht des Schuldners, seine Verhaftung, unwirthschaftliche Realisationen, Akkordvorschläge mit einem Geständniß der Insolvenz, Versuche von Kollusionen mit einzelnen Gläubigern gedient; und ähnlich hätte sie die Ueberschuldung bei Aufstellung eines mit Unterbilanz abschließenden Inventars, bei der Entsagung einer Erbschaft, ausgenommen die zu Gunsten der nächstfolgenden Erben, unschwer feststellen können.

Dem entgegen hat die R.K.O. dennoch eine kasuistische Behandlung der Frage vorgezogen, und zwar in merkwürdig enger Weise, indem sie, wie schon erwähnt, für maßgebend nur die Zeit der Zahlungseinstellung und des Eröffnungsantrages erklärt. Schwerlich mit Recht. Namentlich ist die Abhängigkeit der Anfechtung gerade von der Zahlungseinstellung praktisch bedenklich. Denn diese ist von allen Kennzeichen der Insolvenz für die Gläubiger das am wenigsten gefährliche, und sie sollte deshalb gesetzlich entschieden begünstigt werden. Statt dessen wird das Recht der Anfechtung — also ein privilegium odiosum, vom Standpunkt des Schuldners aus gesehen — an die Zahlungseinstellung geknüpft und letzterer also offenbar in Versuchung geführt, die Zahlungseinstellung bis auf das äußerste hinauszuschieben. Er wird also nicht nur seine Baarmittel bis aufs letzte zu erschöpfen, sondern auch sein ganzes Vermögen um jeden Preis in Baarmittel zu verwandeln suchen, denn so und nur so kann er die Anfechtbarkeit seiner Geschäfte und seiner Zahlungen und also die definitive Zerstörung seines Kredits noch hinausschieben. Diese Bestimmung ist somit geradezu ein Anreiz für ihn, seine Gläubiger auf das empfindlichste zu schädigen; sie läßt es insbesondere zu, daß ein Nachlaß bis auf Heller und Pfennig an einzelne Gläubiger vertheilt wird, und der Rest der Gläubiger sich allenfalls mit einem Regreß an den Nachlaßverwalter begnügen muß, an eine Person, der sie selber nicht Kredit gegeben haben, und deren Zahlungsfähigkeit also für die Gläubiger ein Zufall, geradezu ein Geschenk ist.

2. Die Zahlungseinstellung[1] ist die Thatsache, daß ein Schuldner aus dem Grunde der Zahlungsunfähigkeit ganz oder theilweise aufhört, seine

---

[1] Das Folgende stimmt mit den Mot. zu § 94 K.O. überein. Daß aber danach § 94 den Zirkelschluß macht, für die Zahlungsunfähigkeit als eines der Erkennungszeichen die Zahlungseinstellung zu nennen, das Wesen der letzteren aber durch die Zahlungsunfähigkeit zu bedingen, klären die Motive nicht auf.

fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Der Gegensatz ist also einmal die Zahlungsstockung, welche in dem augenblicklichen Fehlen baarer Mittel besteht und durch Realisationen irgend welcher Art oder durch Benutzung des noch nicht gänzlich zerstörten Kredits jederzeit gehoben werden kann[2]. Der Gegensatz ist andrerseits die willkürliche Sistirung der Zahlungen, die aus Chikane, Geisteskrankheit, Rechtsbedenken erfolgt und die niemals zum Konkurse führen, also auch nicht für die Anfechtung im Konkurse von Bedeutung sein kann[3].

Die Begriffe sind klar, praktisch wird aber ihre Grenze oft verschwimmen. Daß dann ein alle Möglichkeiten erschöpfender Beweis der Zahlungseinstellung geführt wird, geht nicht an, und deshalb müssen thatsächliche Vermuthungen helfen. So wird für den Unterschied von Zahlungseinstellung und Zahlungsstockung entscheidend sein der Umfang der nicht eingelösten Verbindlichkeiten, der Grad der Pünktlichkeit, mit dem die einzelne Schuldart nach der Verkehrssitte Erfüllung heischt, die Länge der Zögerung mit der Zahlung. Die Zahlungseinstellung aus dem Grunde der Insolvenz wird ferner zu vermuthen sein, sobald aus der Verschiedenheit der nicht getilgten Posten, aus dem passiven Verhalten gegenüber Zahlungsaufforderungen, aus dem Verlaufe der ersten Prozesse zu schließen ist, daß der Schuldner die Forderung nicht ernstlich bestreitet. Alle weiteren Eventualitäten bleiben dem Gegenbeweise überlassen. Dabei ist selbstverständlich, daß bei Anfechtungsprozessen in ein und demselben Konkurse die prozessuale Selbständigkeit jedes einzelnen Rechtsstreites gewahrt bleibt, und in jedem einzelnen, falls nicht Notorietät vorhanden ist, der Beweis besonders geführt werden muß und daher auch mit verschiedenem Erfolge geführt werden kann. Eine präjudizielle Festsetzung des Zeitpunkts der Zahlungseinstellung, wie sie nach preußischem Recht[4] schon bei der Konkurseröffnung selbst stattfinden mußte, wird nicht mehr getroffen.

In einem Falle ist der Tag der Zahlungseinstellung vom Gesetz positiv normirt oder, wenn man will, ist ein drittes Erkennungszeichen der Zahlungsunfähigkeit zugelassen. Wenn nämlich der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich abgeschlossen hat, demnächst aber rechtskräftig wegen betrügerischen Bankerotts verurtheilt wird, so gilt als Tag der Zahlungseinstellung, soweit ein früherer Termin nicht ermittelt wird, der Tag, an dem das erste ihn verurtheilende Erkenntniß ergangen ist[5].

---

2 R.O.H.G. 13[227].

3 Strieth. 20[361]. Vgl. besonders Dernburg II. § 113.

4 Preuß. Konk.-Ordn. § 122. Die Feststellung mußte eventuell durch besonderes Rechtsmittel angefochten werden. Entsch. 41[453], Strieth. 34[237], Gruch. 11[53]. Anders Strieth. 33[336]. — Aehnlich Spanien 1024 u. s. f.

5 R.K.O. § 185.

3. Der Antrag auf Konkurseröffnung ist die von dem Gemeinschuldner oder einem Konkursgläubiger zu stellende, den Bestimmungen der R.K.O. § 96. 97 entsprechende Bitte um Eröffnung des Konkursverfahrens. Er wird gestellt durch Einreichung eines Schriftsatzes, bez. durch mündliche Erklärung, und es ist für die Frist maßgebend dort das Präsentatum auf dem Schriftsatz, hier die Zeit der Entgegennahme der Erklärung durch den zuständigen Gerichtsbeamten.

Und zwar ist nicht allein der wirklich zur Konkurseröffnung führende Antrag gemeint, obschon der Ausdruck „der Eröffnungsantrag", wie das Gesetz ihn gebraucht, darauf hinzudeuten scheint: denn es würde die Anfechtung sonst von dem ganz gleichgiltigen Zufall abhängen, daß neben dem dem Gegner allein bekannten Antrage ein anderer einläuft, auf welchen das Gericht, vielleicht weil er ausführlicher begründet ist, allein die Einleitung des Verfahrens stützt. Ja der Gemeinschuldner könnte selber durch den eignen Antrag auf Konkurseröffnung nachträglich die Anfechtbarkeit bereits geschlossener Geschäfte heilen, weil das Gericht sicher nunmehr nur auf diesen neueren Antrag, nicht aber auf ältere noch schwebende Gesuche der Gläubiger seine Entscheidung gründen wird. Vielmehr muß jeder bei Gericht eingegangene Eröffnungsantrag genügen, solange er nicht durch Ablehnung seitens des Gerichts erledigt ist. Selbst darauf, ob er begründet war, kommt nichts an, denn andernfalls würde, mit Rücksicht auf die subjektiven Erfordernisse dieses Falles der Anfechtung, der Gegner gleichfalls zu prüfen haben, ob der ihm bekannte Antrag begründet sei oder nicht[6], und es wäre damit der Anfechtung jede feste Basis entzogen. Es ist auch nur sachgemäß, daß der Gegner, der sich mit dem Schuldner in Spekulationen einläßt, blos weil er glaubt, der gegen den Schuldner gerichtete Eröffnungsantrag sei hinfällig, das Risiko selber tragen muß, daß er sich in dieser Annahme irrt und der Antrag vielleicht falsch motivirt, im Resultat aber doch begründet war. Es ist also auch unerheblich, daß der Gegner angenommen hat, der Antragsteller sei gar nicht Gläubiger seines Schuldners, selbst wenn diese Annahme sich später, bei Konstituirung der Schuldenmasse, als richtig herausstellt.

4. Bei Geschäften, die am Tage der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages vorgenommen sind, ist wesentlich, daß sie nach Ablauf des Momentes, in der das kritische Ereigniß sich vollzog, zum Abschluß kamen. Selbst die Minute, in der eine Exekution fruchtlos vollstreckt, ein Wechselprotest mangels Zahlung erhoben ist, kann deshalb von Bedeutung sein. Nur ist festzuhalten, daß es dem Sinne des Gesetzes gemäß, wenn auch nicht ganz im Einklang mit seinen Worten, genügen muß, wenn das anfechtbare

---

[6] Vgl. § 33 zu Note 12. Man erwäge dabei nur, daß der Antrag an sich schon dann begründet ist, wenn er auch nur „glaubhaft" erscheint. K.O. § 97. Wie soll der Gegner nun prüfen, was der Richter glaubhaft finden wird oder nicht?

Geschäft und die Zahlungseinstellung gleichzeitig geschehen und, wie so häufig, in einen Akt zusammenfallen. Namentlich gilt dies für Exekutionen, für die Angabe an Zahlungsstatt, die sogar der Regel nach eine Zahlungseinstellung involviren[7]. Die Beweislast bezüglich der Einhaltung der Frist trifft übrigens auch für Geschäfte, die erweislich am Tage der Zahlungseinstellung vorgenommen sind, den Verwalter, und die Präsumtion, daß ein am Tage der Konkurseröffnung abgeschlossenes Geschäft nach der kritischen Stunde zur Vollendung gekommen ist, gestattet eine analoge Anwendung auf den hier behandelten Fall nicht[8].

5. Daß nicht blos die Rechtswirkung, welche die Gläubiger verkürzt, sondern schon die Rechtshandlung, welche den kritischen Erfolg hervorzubringen bestimmt war, in die Frist fallen muß, folgt aus dem allgemeinen Prinzip, das wir oben entwickelt haben[9], und auch die Konsequenzen dieses Prinzipes für die Anfechtung der Zahlungen bedürfen einer weiteren Erörterung nicht. Nur ist hervorzuheben, daß bei der zweiten Gruppe der hierher gehörigen Rechtsakte das Gesetz verlangt: sie sollen eine Befriedigung oder Sicherung „gewähren". Es genügt also für die Anfechtung nicht blos, daß die Parteihandlungen, welche die materielle Grundlage zu der Befriedigung oder Sicherung abgeben, insbesondere also die Einwilligung zu einer Eintragung im Grundbuch in die Frist fallen. Es genügt vielmehr auch, wenn der eigentlich entscheidende Akt, durch den die Sicherung oder Befriedigung wirklich „gewährt" wird, d. h. sich definitiv vollzieht — also insbesondere die Eintragung im Grundbuche[10], — innerhalb der Frist vor sich geht, auch wenn dieser Akt keine Parteihandlung ist. Daß auch die subjektiven Bedingungen der Anfechtung dem nicht entgegenstehen, wird unten erörtert werden.

6. Eine weitere selbständige Begrenzung der Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz ist, daß ein Rechtsakt, welcher angefochten wird, weil er nach der Zahlungseinstellung vorgenommen ist, gleichzeitig innerhalb sechs Monaten vor der Konkurseröffnung vorgenommen sein muß[11]. Das berechtigte Interesse der Anfechtungsgegner auf möglichst schnelle Beseitigung der Ungewißheit, die mit der Möglichkeit einer Anfechtung stets verbunden

---

[7] R.O.H.G. 10[66]. Der Grundsatz ist z. B. für die Tilgung einer Grundschuld wichtig, während die Hingabe an Zahlungsstatt auf andere Forderungen auch unter § 23[2] K.O. fällt, und deshalb mit Rücksicht auf die zehn Tage die Zeitfrage für sie nicht von gleicher Wichtigkeit ist. Vgl. unten noch besonders § 34 Nr. 2.

[8] A. M. Völderndorff I. 269, trotzdem schon die subjektive Seite der Frage, das Erforderniß der Kenntniß des Gegentheils, die Verschiedenheit beider Fälle zeigt.

[9] Vgl. § 20 Nr. 6.

[10] A. M. Wilmowski 154.

[11] England hat analog eine Frist von 12 Monaten, Act of bankr. 1869 s. 11, Robson, treatise on the law of bankr. 555. Aehnlich auch Preußen (sechs Monate; Str. 48[254]). Italien 704 (drei Jahre).

ist, wird hierdurch wirksam gewahrt, zumal das Wesen der Zahlungseinstellung, wie die Motive mit Recht hervorheben, durch die Verzögerung der Konkurseröffnung leicht verdunkelt werden wird. Immerhin hätte das Gesetz dies der freien Beweiswürdigung überlassen können, und jedenfalls hätte es in der Konsequenz seines Gedankens gelegen, nicht für den anfechtbaren Akt, sondern für die Zahlungseinstellung eine Frist zu setzen[12]. Nach der jetzigen Fassung des Gesetzes kann dagegen die Zahlungseinstellung beliebig weit zurückliegen, und nur das Geschäft, welches angefochten wird, muß der sechsmonatigen Frist genügen. Für eine Handlung, die angefochten wird, weil ihr ein Eröffnungsantrag vorausging, gilt die Frist überhaupt nicht.

III. Subjektive Voraussetzungen.

§ 33.

1. Auf Seite des Kridars. Was die Mitwirkung des Gemeinschuldners bei dem anfechtbaren Akt angeht, so sind die beiden Gruppen von Rechtshandlungen zu unterscheiden, die diesem Fall der Anfechtung unterliegen.

Bei denjenigen Rechtshandlungen nämlich, die einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, ist eine Mitwirkung des Gemeinschuldners überhaupt nicht erforderlich. Es ist also namentlich die Erlangung eines Pfandrechts oder einer Zahlung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung anfechtbar. Anfechtbar ist es auch, wenn der mit der Insolvenz seines Schuldners bekannte Gläubiger seine Konkursforderung einem sachunkundigen Dritten zedirt, letzterer, durch seine Unkenntniß geschützt, unanfechtbar Zahlung erlangt und also indirekt auch der sachkundige erste Konkursgläubiger auf Kosten und mit den Mitteln der Masse befriedigt wird [1].

Dagegen ist bei den übrigen hierhergehörigen Rechtshandlungen die thätige Betheiligung des Gemeinschuldners unerläßlich: denn das Gesetz verlangt, daß der Kridar das anfechtbare Geschäft „eingegangen" ist. Freilich fehlt es an jedem Grunde, zwischen der ersten und zweiten Gruppe von Rechtshandlungen in dieser Hinsicht zu unterscheiden, und überhaupt — da die Anfechtung weder bei der ersten noch der zweiten Gruppe eine bestimmte Absicht oder ein Verschulden des Kridars verlangt — ein Mithandeln des Gemeinschuldners zu erfordern. Trotzdem ist das Erforderniß nicht hinweg zu interpretiren: die unmittelbare Nebeneinanderstellung von

---

[12] So auch Preußen § 122 Abs. 4 und noch Entw. I. § 32.

[1] Vgl. oben § 19 zu Note 3 und bezüglich des Umfangs der Anfechtungsobligation in dem letzteren Falle unten § 44: der Zedent wird meist in Höhe der ihm gewährten Valuta haften, weil er nur in dieser Höhe eine Zuwendung erhalten hat.

Handlungen, bei denen der Wortlaut des Gesetzes eine Betheiligung des Kridars verlangt, und von Handlungen, bei denen der Wortlaut des Gesetzes sie nicht fordert, kann nicht blos auf einer inkorrekten Fassung dieses Paragraphen beruhen, und zwar um so weniger, als in dem zweiten Falle die Mitwirkung des Kridars, die der ursprüngliche Gesetzesentwurf hier gleichfalls voraussetzte, ausdrücklich durch Fortlassung der bezüglichen Worte beseitigt worden ist. Jedenfalls darf aber das Erforderniß thätiger Mitwirkung des Kridars eng ausgelegt werden. Es muß deshalb auch seine passive Betheiligung, ein bewußtes Dulden und Geschehnlassen, da wo er wirksam hindern konnte, der gesetzlichen Voraussetzung genügen. Wo dagegen auch eine passive Betheiligung des Kridars in diesem Sinne nicht nachweisbar ist, wie etwa bei dem Falle der Zwangsvollstreckung aus einem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrage, oder wie bei der rechtskräftigen Feststellung einer zweifelhaften Grundschuld in ernstlichem Prozesse, ist die Anfechtung nicht zulässig[2].

2. Auf Seite des Gegners. Auch eine Mitwirkung des Anfechtungsgegners ist nicht gleichmäßig erforderlich: denn bei Akten der zweiten Gruppe verlangt das Gesetz ausdrücklich nur eine bestimmte Sachkenntniß von ihm. Allerdings muß diese, wie schon im Allgemeinen betont, praktisch verwerthbar gewesen sein, d. h. es mußte nach Lage des konkreten Falles dem Anfechtungsgegner zugemuthet werden können, daß er um seiner Sachkunde willen die Theilnahme an der Handlung ablehnte, oder daß er die Zuwendung, welche die Handlung ihm bringt, nur als widerrufliche, anfechtbare in Empfang nahm[3]. Dies ist aber selbst von einer passiven Betheiligung im Sinne der Entwickelung zu 1. noch erheblich verschieden. Dagegen ist bei Akten der ersten Gruppe, Rechtsgeschäften, deren Abschluß die Konkursgläubiger benachtheiligt, die Voraussetzung des Gesetzes, daß der Gegner das Geschäft „eingegangen" sei: für diese Gruppe muß also mindestens eine passive Betheiligung des Anfechtungsgegners in dem mehrfach bezeichneten Sinne, d. h. mindestens ein bewußtes Dulden, wo er widersprechen konnte, erfordert werden, und es ist beispielsweise die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner ein vor der Zahlungseinstellung bedingt abgeschlossenes Geschäft nach dem Eintritt seiner Insolvenz und der Sachkenntniß des Mitkontrahenten ungeachtet durch Erfüllung der Bedingung einseitig zur Perfektion bringt.

Für beide Gruppen tritt aber die Nothwendigkeit einer Mitwirkung des Anfechtungsgegners an dem streitigen Rechtsakte zurück. Die Hauptsache bleibt die Kenntniß des Sachverhalts, die Kenntniß der Vermögensverhältnisse des späteren Gemeinschuldners.

---

2 Uebereinstimmend Völderndorff I. 269. Vgl. oben § 19 Nr. 1.

3 Dieser wichtige Grundsatz ist oben entwickelt. Vgl. § 19 Nr. 2.

Und zwar ist diese nach gesetzlicher Vorschrift eng, aber charakteristisch begrenzt: der Anfechtungsgegner braucht nur zu wissen, daß das benachtheiligende Rechtsgeschäft, daß der Akt der Sicherung oder Befriedigung in eine für die Solvenz des anderen Theiles kritische Epoche fällt. Prinzipgemäß genügt diese Kenntniß, um ihm das Bewußtsein eines Risikos bei Eingehung des Geschäfts beizubringen, und dies Bewußtsein genügt wiederum nach der zutreffenden Auffassung des Gesetzes, um die Gefahr der Anfechtung auf ihn zu übertragen. Daß es sich dabei um keinen eigentlichen Dolus handelt, also weder um die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, noch um das Bewußtsein, in ein wohlerworbenes Recht derselben einzugreifen, ist bereits oben ausgeführt [4].

Hiernach ergiebt sich zunächst, daß das Gesetz ganz sachgemäß eben nur die Kenntniß der Daten verlangt, die für die Zeit charakteristisch sind, in welche das Geschäft fällt, nicht aber auch die Kenntniß, daß das Geschäft die Gläubiger benachtheilige [5]. Das wäre unerklärlich, wenn es sich um eine Anfechtung ex capite doli handelte, wie die Motive wollen. Denn ein Eingriff in ein Privatrecht, welchen der Handelnde für unschädlich hält, kann ihn für die Folgen des Eingriffs doch höchstens nach Maßgabe seines Verschuldens, nicht als ein eigentlich doloser Akt verantwortlich und haftbar machen. Die Privatrechte sind ja nicht als abstrakte Prinzipien vor jeder Berührung Dritter geschützt, — jede negotiorum gestio wäre sonst ein Delikt und der Geschäftsführer für Zufall verhaftet, — sondern sie finden Schutz nur als Lebensinteressen, und darum muß ein Eingriff in fremde Rechte, der als Arglist oder auch nur als Verschulden gelten soll, seiner praktischen Schädlichkeit oder der Möglichkeit derselben sich bewußt gewesen sein. Mindestens der entschuldbare Irrthum, das Geschäft diene positiv den Interessen der Gläubiger, müßte einen Anspruch aus dem Verschulden des Anfechtungsgegners ausschließen. Und selbst wenn diese Konzession gemacht würde, zu der freilich der Wortlaut des Gesetzes nicht den geringsten Anlaß giebt, so würde man immer noch statt einer Klage ex capite doli eine Klage ex capite culpae levis konstruirt haben. Die hier vertretene Theorie des Anfechtungsrechts kann sich dagegen streng an den Wortlaut des Gesetzes anschließen und von der Kenntniß der nachtheiligen Wirkungen des anfechtbaren Aktes absehen. Wer wissentlich mit einem Insolventen kontrahirt, soll eben das Risiko der Anfechtung tragen, und es ist nur ein Theil dieses Risiko, daß das abgeschlossene Geschäft sich, mit oder ohne

---

[4] Vgl. § 4 zu Note 10.

[5] Völderndorff I. 275, Wilmowski 156. Dagegen verlangt vom Standpunkt des Deliktsrechts ganz konsequent, aber im Widerspruch mit dem Gesetz Otto 50 auch die Kenntniß der nachtheiligen Wirkung. Vgl. oben § 14 gegen Ende.

Wissen der Kontrahenten, thatsächlich zu einer Verkürzung der Gläubiger gestaltet[6].

Die Kenntniß also, daß das Geschäft in die kritische Epoche fällt, genügt; und zwar entspricht es der Konsequenz, daß das Gesetz auch hier nicht allgemein den „materiellen Konkurs“ als Gegenstand der Kenntniß des Anfechtungsgegners bezeichnet[7], sondern vielmehr nur die Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage für zureichend erklärt. Aber eben nur konsequent ist diese Auffassung; ob sie dagegen an sich motivirt ist, erscheint uns zweifelhaft. Allerdings soll gerade subjektiv, um der Kenntniß des Gegners willen, diese Begrenzung der Anfechtung erforderlich gewesen sein. Die Zahlungsunfähigkeit, sagen die Motive[8], sei ein Zustand, dessen Kenntniß auf ein Urtheil hinauslaufe, und ein Urtheil könne nicht Grundlage für die Schlechtgläubigkeit sein; nicht also die Zahlungsunfähigkeit, sondern erst die konkrete Aeußerung derselben, Zahlungseinstellung und Eröffnungsantrag, könnten, wie sie objektiv diesen Fall der Anfechtung als dessen zeitliche Grenze bedingen, auch subjektiv für die Sachkenntniß des Gegners maßgebend sein. Indeß ist diese Deduktion in zweifacher Hinsicht unbegründet. Erstlich beweist sie mehr als sie beweisen soll. Denn wie wir oben ausführten, ist die Zahlungseinstellung zwar eine Thatsache, aber darum noch nicht durch unmittelbare sinnliche Wahrnehmung in ihrem Wesen erkennbar; sie ist vielmehr nur durch Schlußfolgerungen, nur durch ein Urtheil festzustellen, also gleichfalls nicht zur Grundlage eines Dolus geeignet. Im Grunde können das auch die Motive nicht bestreiten, und sie helfen sich damit, daß schon eine „oberflächliche Prüfung“ die Zahlungseinstellung als solche erkennen würde. Dies ist aber thatsächlich nicht richtig[9]; und weiter kann doch das Gesetz eine, wenn auch nur oberflächliche Prüfung der Kennzeichen einer Zahlungseinstellung nur mit der Maßgabe verlangen, daß es ihre Versäumniß für fahrlässig, nicht aber, daß es sie für dolos erklärt, wiederum ein Moment zur Kritik der Dolustheorie. Zweitens ist aber die ganze Deduktion auch in sich nicht schlüssig. Denn es giebt offenbar eine ganze Anzahl von Fällen außer der Zahlungseinstellung und dem Eröffnungsantrage — wir haben oben Beispiele dafür erwähnt — in denen schon eine oberflächliche Prüfung mit gleicher Sicherheit auf die

---

[6] Und wenn der Gegner die schädlichen Folgen der Rechtshandlung kennen müßte, aus welchem Grunde sollten dann die indirekten Folgen nicht zur Anfechtung ausreichen, während jetzt das Gesetz die Benachtheiligung schon „durch die Eingehung des Geschäfts“ verlangt?

[7] Kenntniß von der Ueberschuldung des Andern genügt natürlich nicht, sowenig wie die Ueberschuldung zur Konkurseröffnung ausreicht. Strieth. 28[190].

[8] Mot. 107 flg.

[9] „Der Begriff der Zahlungseinstellung kann nicht als ein in der Handelswelt allgemein verständlicher“ gelten. R.O.H.G. 4[362].

Insolvenz des Schuldners oder auf die Unzulänglichkeit seines Vermögens schließen lassen wird, und es fehlt an jedem Grunde, warum das Gesetz die Kenntniß solcher Thatumstände nicht gleichfalls zur Begründung der Anfechtung für ausreichend erachtet. Und zwar handelt es sich hierbei legislativ um einen Rückschritt gegen frühere Gesetze. Denn, wenn diese auch vielfach im Wortlaut von dem Reichsgesetz nicht abweichen, so machen sie entweder den Akt des „Fallissements" überhaupt zur Bedingung des Konkurses und können also konsequent auch den materiellen Konkurs erst vom Fallissement, von der Zahlungseinstellung ab datiren, oder aber sie verstehen unter Zahlungseinstellung etwas anderes, weiteres als den Begriff des Reichsgesetzes [10].

Ihrer Art nach bietet die Kenntniß, welche das Gesetz erfordert, keine Besonderheit, und es müssen deshalb die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen [11]. Hier ist nur zu betonen, daß die Kenntniß einer Thatsache nicht blos in dem Bewußtsein besteht, daß dieselbe als konkretes Faktum sich zugetragen hat. Sie muß sich vielmehr auf die für den einzelnen Fall wesentlichen Eigenschaften dieses Faktums erstrecken [12]: erfolgt etwa die Zahlungseinstellung durch die Schließung des offenen Geschäftes, so genügt die Kenntniß dieser letzteren Thatsache an sich noch nicht, um die Kenntniß der Zahlungseinstellung darzuthun [13].

Wirkliche Kenntniß ist erforderlich. Eine Unkenntniß, die auf grober Fahrlässigkeit des Gegners beruht, ist nicht zureichend [14]. Deshalb genügt es auch nicht schlechthin, daß ein Gläubiger oder daß der Gemeinschuldner selbst dem Gegner die kritische Thatsache mitgetheilt hat; vielmehr kommt es allein darauf an, ob der Gegner die Mittheilung für thatsächlich richtig gehalten hat, d. h. — vom Standpunkt richterlicher Beweiswürdigung aus — ob die Mittheilung nach Inhalt und Form an sich glaubhaft war und nicht positive Umstände entgegenstanden, die zum Zweifel Anlaß gaben [15].

---

[10] So ist die Zahlungseinstellung der Preuß. K.O. allgemein das „in Erscheinung Treten der Insolvenz". K.O. § 100. 113 Abs. 2. Strieth. 20[361]. Ebenso franz. Praxis: la connaisance de la cessation de paiements résulte suffisament de ce que le créancier savait que son débiteur sollicitait un concordat amiable. Sehr allgemein auch Dänem. § 24.

[11] Ueber die Kenntniß der Zahlungseinstellung kann an sich der Eid zugeschoben werden; die Thatsache der Zahlungseinstellung als solche ist dagegen factum alienum und anderweit zu beweisen. R.G. III. 395 flg. R.O.H.G. 4[362]. 6[16].

[12] Für Preußen war deshalb die Kenntniß erforderlich, daß der Schuldner Kaufmann war. Strieth. 74[96].

[13] Diese ist am leichtesten zu beweisen, wenn der anfechtbare Akt selber die Zahlungseinstellung enthält, insbesondere also, wenn der Kridar eine Hingabe an Zahlungsstatt aus Mangel an Baarmitteln vornimmt. R.O.H.G. 10[66].

[14] Vgl. oben § 17 zu Note 12. Robson, law of bankr. 562.

[15] Vgl. Amerika s. 35: the person, receiving such payment . . having

Die Zeit, in der die vom Gesetz erforderte Kenntniß vorhanden gewesen sein muß, ist die der Vornahme der anfechtbaren Handlung oder, falls der Gegner weder persönlich noch durch seinen Vertreter an der Handlung theilnahm, die Zeit, wo er ihre Vornahme erfahren hat. Eine später erlangte Kenntniß schadet der Giltigkeit des Geschäfts nicht; ebensowenig hebt aber die später erlangte — irrthümliche — Ueberzeugung, daß zur Zeit der Handlung keine Zahlungseinstellung, sondern vielleicht nur eine Zahlungsstockung vorgelegen hat, die einmal begründete Anfechtbarkeit auf.

IV. Einzelheiten.

§ 34.

1. Prozessualische Akte unterliegen, soweit sie die Sicherung oder Befriedigung einer Konkursforderung betreffen, der Anfechtung in der umfassendsten Weise. Namentlich kommt hier zur Geltung, daß eine Mitwirkung des Kridars nicht erforderlich ist, und reicht deshalb nicht nur die absichtliche Kontumaz des Kridars, die absichtliche Versäumniß einer Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels, eines Einspruchs, eines Widerspruchs zur Anfechtung aus, sondern selbst seine unbewußte, unfreiwillige Passivität wird Gegenstand der Anfechtung, sobald nur innerhalb der Frist und bei Sachkunde des Gegners die Rechtshandlung einer andern Person, des Gegners selbst oder des Gerichts, als wesentliche Voraussetzung und Bedingung der anzufechtenden Rechtswirkung hinzutritt, der Antrag auf Erlaß eines Versäumnißurtheils, eines Vollstreckungsbefehls, die Publikation der richterlichen Entscheidung u. s. f.[1]. Bei Fällen der ersten Gruppe dagegen, wenn es sich z. B. um einen Prozeß über Aktivforderungen des Kridars oder um Aus- und Absonderungsberechtigungen gegen ihn handelt, ist eine Prozeßhandlung nur anfechtbar, wenn sie ein Rechtsgeschäft unter Mitwirkung des Gemeinschuldners und des Gegners enthält. Hiernach genügt die Kontumaz des Kridars für diese Fälle der Anfechtung nur dann, wenn sie absichtlich und freiwillig geschah, und auch hierdurch wird

---

reasonable cause to believe such person is insolvent. — Wie wenn der Gegner absichtlich der bezüglichen Kenntnißnahme aus dem Wege ging? Robson, law of bankr. 563 behandelt ihn alsdann wie einen wirklich sachkundigen; wohl mit Recht; denn jene Absicht kann nur darauf beruhen, daß der Gegner genau mit der Sachlage bekannt ist.

[1] Außer der eigentlichen Zwangsvollstreckung gehören hierher Urtheile, die die Willenserklärung des Prozeßgegners ergänzen, Z.P.O. § 779, einer Konkursforderung den Charakter eines Aussonderungsanspruches zusprechen, zum Zweck der Vergrößerung der späteren Dividende den Nominalbetrag einer Konkursforderung erhöhen oder eine früher darauf geleistete Theilzahlung anderweit verrechnen u. s. f.

sie noch nicht zum „Rechtsgeschäft“[2] und bedarf also der Ergänzung durch einen positiven Prozeßakt des Gegners, der seinerseits als Rechtsgeschäft zu qualifiziren ist[3].

Besonders vom Gesetz hervorgehoben ist, daß auch eine Sicherung oder Befriedigung, welche ein Konkursgläubiger durch einen der Konkurseröffnung vorausgegangenen Anfechtungsprozeß erlangt hat, der gewöhnlichen konkursmäßigen Anfechtung unterliegt[4]. Auch ohne ausdrückliche Bestimmung wäre dies zweifellos gewesen.

2. Exekutionen. Eine ganz besondere Rolle kommt unter den Prozeßhandlungen den Exekutionen zu, welche innerhalb der kritischen Zeit seitens der einzelnen Konkursgläubiger betrieben werden. Denn einerseits wird nur ausnahmsweise ein Konkurs eingeleitet werden, welchem nicht solche Einzelexekutionen vorausgegangen sind, und andrerseits wird nur ausnahmsweise eine dieser Exekutionen, sobald sie nur in die letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung fällt, der Anfechtbarkeit entzogen sein. Dieser Satz ist deshalb nicht weniger wahr, weil er in der Theorie und Praxis bisher recht ungenügend beachtet worden ist. Denn zunächst enthält die von einem Konkursgläubiger betriebene Zwangsvollstreckung objektiv alle vom Gesetz geforderten Voraussetzungen der Anfechtung. Insbesondere enthält sie die Thatsache der schuldnerischen Zahlungseinstellung schon in sich selbst. Und auch die subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung sind der Regel nach vorhanden; denn der exekutionssuchende Gläubiger weiß in der Mehrzahl der Fälle genau, daß sein Schuldner, wenn er es zur Verurtheilung und sogar zur Zwangsvollstreckung kommen läßt, dieses nicht aus Chikane oder aus rechtlichen Bedenken, sondern aus Mangel an paraten Befriedigungsmitteln thut, weiß also, daß der Beginn der Zwangsvollstreckung, auch wenn er noch vereinzelt dasteht, doch schon die Zahlungseinstellung des Schuldners als vollendete Thatsache enthält. Und wenn es der Gläubiger nicht weiß, so weiß es der Gerichtsvollzieher, der trotz Vorzeigung des vollstreckbaren Titels und trotz der unmittelbaren, durch sein Erscheinen angekündigten Nähe der Zwangsvollstreckung keine Baarzahlung erhält und auch baare Mittel nicht vorfindet, sondern solche Gegenstände mit Beschlag belegen muß, die erst indirekt zur Befriedigung seines Auftraggebers führen. Der Gerichtsvollzieher aber, von dem die Motive

---

[2] Daß die Kontumaz kein Rechtsgeschäft ist, ergiebt die Ausführung § 31 Nr. 1. Dies auch trotz Z.P.O. § 296, wo die Kontumaz einem Geständniß gleichgestellt wird; denn es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß die Z.P.O. diese Gleichstellung auch bezüglich nicht prozessualischer Fragen gelten lassen will.

[3] Hierhergehörige Fälle sind, daß ein giltiges, dem Kridar günstiges Rechtsgeschäft durch Urtheil für ungiltig erklärt wird oder umgekehrt, daß eine ihm zustehende Forderung ihm aberkannt wird u. s. f.

[4] A.G. § 13 Abs. 3.

lehren, er sei der Vertreter des Schuldners, ist in Wahrheit der Vertreter des Gläubigers, und dieser muß also die Sachkenntniß des Gerichtsvollziehers wie seine eigene anerkennen[5].

Noch klarer liegt der Fall, wenn der ersten Zwangsvollstreckung eine zweite und dritte folgt, mit Bezug auf die letzteren Akte. Sofern hier namentlich der Rechtsanwalt des später zugreifenden Gläubigers, welcher vielleicht gleichzeitig Vertreter des zuerstpfändenden Gläubigers gewesen ist, die frühere Pfändung kennt, oder sobald der später erscheinende Gerichtsvollzieher in dem Geschäftslokale des Schuldners die Anzeichen einer älteren Exekution vorfindet, werden beide keinen Augenblick daran zweifeln, daß der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

In beiden Fällen können Ausnahmen vorkommen, und es kann der Gläubiger nach der Lage des speziellen Falles annehmen, trotz der Nothwendigkeit exekutivischen Vorgehens von seiner Seite liege eine Zahlungseinstellung seines Schuldners nicht vor, etwa weil er fortdauernd noch seine andern Schulden bezahlt. Es wird aber Sache des Gläubigers sein, das Vorhandensein einer solchen Ausnahme zu beweisen.

Die Anfechtbarkeit der Exekutionen in dem hier bezeichneten Umfange erscheint uns denn auch allein zweckmäßig. Sie soll doch lediglich eine möglichst gleichmäßige Befriedigung der Konkursgläubiger herbeiführen und die par conditio creditorum bereits einige Zeit vor der Konkurseröffnung zur Geltung bringen. Jede engere Begrenzung der gegen Exekutionen zulässigen Anfechtung würde dagegen dem eigentlichen Zweck derselben zuwider die Stellung der einzelnen Konkursgläubiger völlig verschieden gestalten. Sie würde dem Schuldner sogar die Möglichkeit gewähren, nach seiner Willkür einigen seiner Gläubiger, indem er den andern einfach seine Zahlungseinstellung mittheilt, einen eigenthümlichen Vorrang vor ihren Konkurrenten zu geben.

3. Die Erfüllung einer Bedingung und ebenso ihre absichtliche Nichterfüllung erscheint nur ausnahmsweise als ein Rechtsgeschäft, etwa dann, wenn die Bedingung wie bei einem Kauf auf Probe die selbständige Willenserklärung eines der Betheiligten darstellt oder wenn nachträglich zwischen den Parteien eine Einigung über die Erfüllung der Bedingung stattgefunden hat. Nur in diesen Ausnahmefällen also läßt sie sich zu den Rechtsakten der ersten Gruppe rechnen, vorausgesetzt natürlich, daß auch die anderweiten Voraussetzungen der bezüglichen Anfechtung, namentlich auch die Mitwirkung beider Theile bei dem anzufechtenden Akte, gegeben sind. Verwirkt dagegen der Kridar nach der Zahlungseinstellung eine Konventionalstrafe, tritt er ohne Vereinbarung mit dem Gegner in einen Kauf auf Probe definitiv ein oder macht er umgekehrt von einem Reu=

[5] Vgl. oben § 19 zu Note 6 und 15.

recht Gebrauch, so fällt die Anfechtung aus unserem Paragraphen fort, auch wenn der Gegner die erforderliche Sachkenntniß besaß.

Anders steht es mit der Erfüllung einer Bedingung, die einem Konkursgläubiger-Sicherung oder Befriedigung gewährt. Hier schränkt weder der Begriff des Rechtsgeschäftes noch das Erforderniß beiderseitiger Mitwirkung bei dem streitigen Rechtsakte die Anfechtbarkeit desselben ein. Der Kridar z. B., der Werthpapiere bedingt als Pfand gegeben und mit einer bezüglichen Beschränkung bei einem Dritten hinterlegt hat, erfüllt die Bedingung, indem er vielleicht eine ihm auferlegte Lieferungsfrist absichtlich nicht innehält [6]. Oder umgekehrt kommt der Gläubiger, für welchen der Schuldner vor seiner Zahlungseinstellung eine Geldsumme unter der Bedingung angewiesen hat, daß der Gläubiger dem angewiesenen Bankier gewisse Urkunden aushändige, dieser Bedingung nach der Zahlungseinstellung und in Kenntniß derselben nach. Beide Geschäfte sind unseres Erachtens anfechtbar.

Bedingt sich ein Konkursgläubiger vor der Zahlungseinstellung eine Konventionalstrafe für den Fall des Zahlungsverzuges aus, so ist dies eine Sicherung, die ebenso giltig und zulässig ist, wie die Bestelluug von Pfändern. Da nun der Gläubiger selbstverständlich eine anfechtbare Zahlung nicht oder nur unter Vorbehalt zu nehmen braucht, so wird die Konventionalstrafe regelmäßig verfallen, sobald der Schuldner seine Zahlungen überhaupt einstellt und der Gläubiger dies erfährt. Allerdings erhält der Gläubiger im Konkursfalle auch von der Strafe nur eine Quote, aber er deckt sich immerhin, sobald er die Strafe nur hoch genug normirt hat, zu einem erheblichen Theil für den Schaden, welchen die Anfechtbarkeit der Zahlungen für ihn mit sich bringt. Eine Umgehung des Gesetzes ist hierin nur für den Fall zu finden, daß die Konventionalstrafe schon nach der ursprünglichen Absicht der Parteien überwiegend die Gefahr der Anfechtung elidiren sollte, und nur in diesem Falle ist die Strafklausel ungiltig, ist übrigens dann auch durch die paulianische Anfechtung zu entkräften [7].

4. Zahlungen an den Kridar wurden noch im „Entwurf einer Gemeinschuldordnung" in § 28 bei Kenntniß der Zahlungseinstellung des Gläubigers auf Seite des zahlenden Schuldners für anfechtbar erklärt. Damit war eine der erheblichsten Gefahren, die den Konkursgläubigern droht, beseitigt, daß nämlich der insolvente Schuldner unter Einziehung seiner Außenstände die Flucht ergreift und den Gläubigern das Nachsehen überläßt. Freilich mußte der Entwurf die praktische Konzession machen, daß er

---

[6] Natürlich ist diese Bedingung nicht mit der conditio juris zu verwechseln, die jedem Pfandrecht innewohnt, der Nichterfüllung der zu sichernden Verbindlichkeit.

[7] Sofern die Abrede schon bei Begründung der Forderung getroffen wurde; geschah sie später, so fällt sie als Begünstigung eines Gläubigers unter § 23².

Zahlungen, die durch Zwangsvollstreckung erzwungen wurden, von der Anfechtung ausnahm, und bot also selbst eine Gelegenheit zur Umgehung seiner Vorschrift. In der That war aber diese Vorschrift auch materiell nicht zu rechtfertigen [8]. Denn die Verweigerung der Zahlung bringt stets ein ganz unberechenbares Risiko für den Schuldner mit sich, nicht blos was die Kosten der Hinterlegung und des eventuellen Prozesses, sondern vor Allem, was die thatsächlichen und rechtlichen Folgen jedes Verzuges betrifft. Man nehme weiter vom Standpunkt des Gläubigers und späteren Kridars an, daß ihm auf Grund einer vorübergehenden Zahlungsstockung die Schuldner aus Sorge vor einer späteren Anfechtung gerade das vorenthalten, was er am nöthigsten braucht und was ihm von Rechtswegen zukommt, oder vom Standpunkt des die Zahlung verweigernden Schuldners, daß auf der Verzögerung der Erfüllung seinerseits eine Konventionalstrafe steht. Ueberdies sind die Bedingungen einer Zahlungsverweigerung, wie sie durch die Ausdehnung der Anfechtung auf Fälle dieser Art nothwendig wird, durchaus zweifelhafter Natur. Die Thatsache der Zahlungseinstellung, die Zulänglichkeit der Konkursmasse zur Deckung der Kosten, der Entschluß eines Betheiligten, die Konkurseröffnung zu beantragen, das alles sind Dinge, die zu Zweifeln und Irrthümern vollen Anlaß geben, und es ist nicht abzusehen, wer den Schaden tragen soll, wenn einmal die Zahlung auf Grund einer anscheinenden Zahlungseinstellung des Gläubigers verweigert wird und demnächst aus irgendwelchen Gründen der Konkurs dennoch nicht eröffnet wird. Mit vollem Recht hat denn bereits der zweite Entwurf des Reichsgesetzes die Auffassung des ersten Entwurfs verlassen [9].

Die Zahlung einer fälligen Schuld ist deshalb nach geltendem Rechte nur wie ein anderes Rechtsgeschäft anfechtbar, d. h., wenn die Art der Zahlung schon an und für sich die Konkursgläubiger benachtheiligt, also etwa dann, wenn sie zu Händen des bereits flüchtig gewordenen Schuldners oder wenn sie abweichend vom ordnungsmäßigen Geschäftsgang heimlich und versteckt erfolgt.

---

[8] Vgl. Mot. I. 155, wo außer dem Hinweis auf England der Grund angegeben wird, daß die Zahlungen nach der Konkurseröffnung nach dem damaligen § 11 des Entw. I. nichtig seien. Immerhin entlastet aber in diesem Falle das Veräußerungsverbot den Schuldner von dem Risiko des Verzuges definitiv, während dies bei der Zahlungseinstellung auch nicht annähernd der Fall ist. Diesen Hauptpunkt, das Risiko des Verzuges, erörtern die Mot. I. nicht. S. jetzt Mot. II. 121. Was sodann den Hinweis auf England betrifft, so ist dieser an sich zutreffend. Die Auffassung des englischen Rechtes steht aber und fällt mit dem starren Prinzip der relation, d. h. der Rückdatirung der Verfügungsunfähigkeit des Kridars bis zur Einstellung der Zahlungen, — act of bankruptcy — (Güterbock in Goldschmidt's Ztsch. 2[41]) und zwar ist sie die schärfste Konsequenz des Prinzips.

[9] So auch früher Preußen. Strieth. 9[58].

Die Zahlung einer Schuld an den Kridar, welche noch nicht fällig ist, ebenso auch die Hingabe an Zahlungsstatt auf eine Schuld, unterliegt den gleichen Grundsätzen, ist also anfechtbar, wenn sie unmittelbar oder doch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Verkürzung der Gläubiger enthält. Die Zahlung zu Händen eines Konkursgläubigers des Kridars ist dagegen nur eine Begünstigung dieses Gläubigers, nicht aber eine Benachtheiligung der „Konkursgläubiger" und deshalb dem zahlenden Schuldner gegenüber nicht anfechtbar; ob sie dem Gläubiger gegenüber aus § 23 [1], Satz 2, anfechtbar ist, hängt davon ab, ob derselbe die gesetzliche Sachkenntniß besaß [10].

5. Zahlungen des Kridars an einen Konkursgläubiger sind natürlich dann nicht anfechtbar, wenn sie erweislich eine Verkürzung der andern Gläubiger nicht enthalten. Dahin gehört namentlich der Fall, daß die getilgte Forderung durch Pfänder in vollem Betrage sicher gestellt war, und ihre Tilgung die Pfänder zu Gunsten der Masse freimacht [11]. Da aber das Gesetz für die Rechtsakte der zweiten Gruppe nicht fordert, daß schon die Eingehung derselben die Masse schädige, so trägt der befriedigte Gläubiger gewissermaßen die Gefahr der Pfandsachen, d. h. der zufällige Untergang derselben bewirkt, daß die bis dahin unanfechtbare Zahlung nunmehr als eine Verkürzung der Konkursgläubiger erscheint und der Anfechtung anheimfällt.

Es kann zweifelhaft sein, ob eine Zahlung des Kridars sich auf eine Konkursforderung oder auf ein Aussonderungsrecht bezieht; bei der Lieferung der verkauften Waare durch den Kridar an den Käufer hängt dies insbesondere davon ab, ob bereits vorher das Eigenthum der Waare an den Käufer übergegangen ist oder nicht [12]. In Fällen dieser Art trifft die Beweislast den Anfechtungsgegner, da die Konkursmasse ihre Ansprüche ausreichend dadurch substanzirt, daß sie die Fortgabe der Waare aus dem Besitz des Kridars und also den Abschluß eines die Gläubiger an sich benachtheiligenden Rechtsgeschäftes darthut, und es lediglich Sache des Einwandes ist, auf die Forderung des Empfängers der Waare, ihren Umfang und rechtlichen Charakter zurückzukommen und auf Grund dessen die prima facie nachgewiesene Verkürzung der Gläubiger zu widerlegen [13].

---

[10] Vgl. oben § 17 Nr. 4. Im Resultat übereinstimmend Wilmowski S. 156.

[11] Alauzet, comm. du c. de comm. VI. Nr. 2517. — Wegen der folgenden Bemerkung im Text vgl. oben § 15 zu Note 15.

[12] Deshalb ist nicht jede Lieferung einer individuell versprochenen Sache durch den Schuldner als die Erfüllung eines Aussonderungsanspruchs anzusehen. Anders Pardessus, cours du droit commerc. III. Nr. 1139, aber doch wohl nur, weil nach französischem Recht schon mit dem Schuldversprechen — vente — das Eigenthum der versprochenen Sache auf den Gläubiger übergeht, ein Grund, der für das deutsche Recht nicht zutrifft.

[13] Daß die Zahlung „auf Schuld" erfolgte, ist nichts als die Behauptung, daß

6. Illation von Möbeln in eine Miethswohnung kommt in Betracht, insoweit sie dem Vermiether Sicherheit für seine Miethsforderung gewährt, fällt also in die zweite Gruppe der hier anfechtbaren Akte. Nur ist zu beachten, daß die Anfechtung nur soweit wirksam ist, als die Miethsforderung zur Zeit der Illation bereits rückständig war. Die laufende Miethe ist dagegen nicht Konkursforderung, und ihre Sicherung deshalb nicht anfechtbar.

7. Fingirte Konkursforderungen. Es liegt nahe, die Aufstellung unrichtiger Forderungen, mag sie nun irrthümlich oder durch bewußte Fiktion erfolgen, ebenso auch die Veränderung einer an sich richtigen Forderung nach Art, Inhalt und Umfang, a fortiori der zweiten hier behandelten Gruppe zuzuzählen: wenn schon die Befriedigung einer zu Recht bestehenden Konkursforderung anfechtbar sein soll, so muß, scheint es, die Feststellung einer in Wahrheit gar nicht existirenden Forderung um so mehr der Masse gegenüber unwirksam sein. Dennoch wird man diesen Schluß nicht ziehen dürfen. Denn unverkennbar beruht die Aussonderung der Rechtsakte der zweiten Gruppe und ihre besondere Anfechtbarkeit auf dem Prinzip der Gleichstellung der Konkursgläubiger — par conditio creditorum —, und dies Prinzip hat eben nur auf die Tilgung wirklich kreditirter Forderungen, nicht aber auf die Begründung neuer, konsequent also auch nicht auf die selbständige Erweiterung alter Forderungen Anwendung. Geschäfte der letzteren Art müssen deshalb aus einem andern Gesichtspunkt auf die Anfechtbarkeit hin geprüft werden. Auch die Kategorie der hier behandelten ersten Gruppe von Rechtshandlungen kann dafür verwerthet werden. Nur versagt ihre Anwendbarkeit, sobald der Kridar sich nicht erweislich bei der fiktiven Aufstellung der Forderung betheiligt hat, vielmehr dieselbe im Wege ernstlichen Prozesses vor sich gegangen ist.

Bezweckt übrigens die fiktive Erhöhung des Nominalbetrages einer Forderung lediglich, daß dieselbe im Konkurse in ihrer wirklichen Höhe voll zur Hebung kommt, so ist ein Geschäft dieser Art nichts als eine verschleierte Form der Vollzahlung der Forderung und fällt insoweit unter die Rechtsakte der zweiten Gruppe.

8. Akte der Sicherstellung seitens dritter Personen, z. B. die Bestellung von Pfändern und die Uebernahme einer Bürgschaft seitens derselben für eine Konkursforderung[14] sind zweifellos als Rechtshandlungen

der Fortgabe von Werthen ein bestimmtes Entgelt, die Tilgung einer Forderung, gegenüberstehe, und dessen Existenz und Werth ist Sache des Einwandes. Vgl. § 15 Note 17.

[14] Die Bürgschaft des Kridars für Schulden dritter Personen erfolgt dagegen nicht einem Konkursgläubiger gegenüber, und ist also höchstens als ein Rechtsakt der ersten Gruppe anfechtbar.

anzusehen, die dem Konkursgläubiger eine Sicherung gewähren, und sind deshalb einem sachkundigen Gläubiger gegenüber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes anfechtbar. Die herrschende Meinung[15] verneint dies, anscheinend auf Grund der Annahme, daß nur Rechtsakte, die die Sicherung aus den Mitteln der Masse gewähren, der Anfechtung unterliegen. Sie wird aber in dieser Annahme weder durch den Sinn noch durch den Wortlaut des Gesetzes unterstützt. Maßgebend ist vielmehr nur, daß die Konkursgläubiger durch eine Interzession dieser Art benachtheiligt werden, und dies kann zweifellos der Fall sein, sobald der Interzedent Ansprüche auf Provision und Kostenersatz hat oder gar sobald dem Gemeinschuldner eine auf seine Regreßschuld zu kompensirende Forderung an den Interzedenten zusteht[16]. Und zwar ist dabei nur an den Fall zu denken, daß dem Interzedenten die kritische Lage des Hauptschuldners unbekannt ist; denn war sie ihm bekannt, so ist sein Regreßanspruch schon nach R.K.O. § 48[3] nicht kompensabel, und es würde weiter das Mandat, aus welchem der Regreß abzuleiten wäre, als ein Rechtsgeschäft der ersten Gruppe anfechtbar, eine Geschäftsführung ohne Auftrag aber als ein non utiliter gestum wirkungslos sein.

Allerdings kann nun zweifelhaft sein, in welcher Art die Anfechtung bei der Interzession eines nicht sachkundigen Dritten praktisch durchzuführen ist. Denn das Rechtsverhältniß zwischen dem Interzedenten und dem Kridar bleibt unverändert fortbestehen, weil hierauf die Anfechtung bei dem Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen sich nicht beziehen kann, und andrerseits das Rechtsverhältniß zwischen dem Interzedenten und dem Gläubiger scheint gleichfalls der Anfechtung enthoben zu sein, da diese in ihren Wirkungen nur „den Konkursgläubigern“ gegenüber Platz greift[17]. Die Lösung der Schwierigkeit ist einfach die, daß man die Interzession dritter Personen für Schulden des Kridars als eine indirekte Zuwendung an den Gläubiger aus den Mitteln der Masse auffaßt. Dadurch beschränkt sich die Wirkung der Anfechtung von selbst auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und der Konkursmasse, und Gegenstand der Anfechtungsobligation ist nur der Betrag, welchen über die gewöhnliche Konkursdividende hinaus der Gläubiger durch den Interzedenten gezahlt erhält und beziehentlich die Masse an den letzteren herauszahlen muß[18]. Daneben kann die Masse

---

15 Wilmowski 161, Sarwey 158, Otto 121. — Rousseau 447 Nr. 187.

16 Vgl. Seuff. 28[173] und oben § 19 Note 5. Uebereinstimmend Sirey-Gilbert, Art. 446 Nr. 84, Bédarride, 123 ter, wo die gesetzliche Hypothek der interzedirenden Ehefrau für die actio depensi in Frage ist.

17 So richtig Alauzet, comment. du c. de comm. VI. Nr. 2499.

18 Zweckmäßig wird es sein, wenn der Verwalter, nachdem er die Anfechtung erklärt hat, seine Ansprüche dem Interzedenten zedirt, und dieser sie kompensando

natürlich, schon ehe sie den Bürgen oder Pfandbesteller wegen seiner Regreßforderung befriedigt, von dem Anfechtungsgegner die Befreiung von der Regreßpflicht in dem eben bezeichneten Umfang verlangen.

Kapitel sieben.

Anfechtung der Gratifikationen.

I. Begriff der Gratifikation[1].

§ 35.

Anfechtbar sind diejenigen Rechtshandlungen, die innerhalb einer bestimmten kritischen Frist einem Konkursgläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewähren, die er nicht zu fordern berechtigt ist, mit der Maßgabe, daß ihm nachgelassen ist, zur Vermeidung der Anfechtung den Beweis seiner Sachunkenntniß zu führen. Auch wird formelle Konkurseröffnung vorausgesetzt. — K.O. § 23².

Anfechtbarer Akt ist hier eine Rechtshandlung, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewährt. Die Bedeutung dieser Kategorie ist bereits oben bei der Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz eingehend erörtert. Hier ist nur hervorzuheben, daß in diese Kategorie auch solche Rechtsakte fallen, welche eine Befriedigung oder Sicherung nicht selber gewähren, sondern sie nur vorzubereiten bestimmt sind, Akte insbesondere, die einem Gläubiger bezüglich einer bestehenden Konkursforderung ein ihm bisher nicht zustehendes Recht auf Sicherung oder auf gewisse Arten der Befriedigung verschaffen. Die Anfechtung solcher Rechtshandlungen für sich hat freilich nur selten ein Interesse. Um so größer ist aber das Interesse daran, daß die demnächst wirklich durchgeführte Sicherung oder Befriedigung sich nicht an Stelle der ursprünglichen Forderung auf den neueren Akt stützen kann, und insoweit die Differenz zwischen Schuld und Leistung, welche für diesen Fall der Anfechtung wesentlich ist, als beseitigt erscheint. Würde die Anfechtung hier versagen, so wäre freilich die ganze Beweiserleichterung, die das Gesetz dem Anfechtungsberechtigten gewähren will, illusorisch, da in der That nichts leichter wäre, als ein solcher Akt völliger oder theilweiser Novation. Aus diesem durchgreifenden

---

der Forderung des Konkursgläubigers aus der Interzession entgegensetzt. Daß dies zulässig ist, siehe § 52.

[1] Diese Bezeichnung ist eine Reminiscenz an die sog. Gratifikationstheorie, die ja — gerade wie § 23² K.O. — sich nicht auf Schenkungen, sondern auf spezielle Begünstigungen einzelner Gläubiger bezog.

Grunde kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch präparatorische Maßnahmen der bezeichneten Art unter die Anfechtung der Gratifikationen fallen. Nur ist festzuhalten, daß sie auch so als selbständige Rechtsakte für sich gelten, und es also stets besonders zu prüfen ist, ob nicht blos für den eigentlichen Sicherungsakt, sondern ob auch für die vorbereitende Handlung die zeitlichen Bedingungen dieser Art der Anfechtung, die Ermangelung eines Anspruchs des Gegentheils auf Vornahme der Handlung u. s. f. zutreffen[2].

Aus dieser allgemeinen Kategorie von Rechtshandlungen greift nun das Gesetz eine bestimmte Gruppe heraus und unterwirft sie einer besondern Anfechtung; das charakteristische Merkmal der Gruppe ist, daß die anzufechtende Handlung sich auf eine Verpflichtung des Kridars beziehen, von dem Inhalte derselben aber abweichen muß. Dieses Merkmal fehlt also, und es versagt damit auch dieser Fall der Anfechtung, wenn dem Empfänger der angefochtenen Leistung ein Recht auf dieselbe zusteht. Selbstverständlich aber nur ein Recht im juristischen Sinne: eine nur auf Billigkeit gestützte Forderung, ein aus einem nichtigen oder mit Erfolg angefochtenen Vertrage abgeleiteter, ein nur auf vage, rechtlich nicht verbindliche Zusicherungen gestützter Anspruch reicht deshalb nicht aus. Schwierigkeit macht in dieser Hinsicht nur der Fall der Naturalobligation, und namentlich die Verpflichtung aus mündlichen Verträgen bei Objekten von mehr als 150 Mark nach preußischem Recht. Faßt man hier die Ermangelung eines Anspruchs des Anfechtungsgegners als rein objektive Voraussetzung der Anfechtung, lediglich als den speziellen Ausdruck für die thatsächliche Begünstigung des einen vor den übrigen Gläubigern, so ist selbstverständlich eine Naturalobligation nicht für geeignet zu erachten, die Anfechtung auszuschließen; der Rechtsmangel des Gegners soll nun aber gleichzeitig und sehr maßgeblich die Unterlage auch für die subjektiven Voraussetzungen der Anfechtung, insbesondere für das gesetzliche Postulat einer besondern Aufmerksamkeit, einer eingehenden Sachprüfung abgeben; es soll die Leistung des Kridars durch diesen Mangel eines Anspruchs auf Seite des Empfängers eine auffällige sein[3]. Dieser zweite Gesichtspunkt ist der entscheidende, und er ergiebt, daß an sich auch eine Naturalobligation zum Ausschluß der Anfechtung genügen kann. Nicht ausnahmslos, da das Landesrecht diese Gruppe von Obligationen durchaus nicht einheitlich behandelt und einige derselben mit so unvollkommener Wirkung ausstattet, daß ihre Erfüllung durchaus den Charakter reiner Freiwilligkeit, der Leistung einer Nichtschuld trägt. Soweit dagegen die Leistung auf eine nur natürliche Verbindlichkeit als Erfüllung einer Schuld gilt, soweit sie insbesondere durch die condictio indebiti nicht

---

2 So für den Fall der Novation Strieth. 61[8], Motive 129.

3 Vgl. oben S. 28 f. Dies alles im Gegensatz zu dem analogen Falle des § 25[2]. Vgl. § 30 zu Note 6.

zurückgefordert werden kann, fehlt ihr auch der Charakter reiner Freiwilligkeit, und sie fällt nicht mehr in die Kategorie, die hier unter dem Namen der „Gratifikation" zusammengefaßt wird. Namentlich ist eine Pfandbestellung nicht anfechtbar, wenn sich auch der Gemeinschuldner trotz der Größe des Objekts nur mündlich zu derselben verpflichtet hatte[4].

Woher im Uebrigen der Anspruch stammt, ob er auf Vertrag oder auf Gesetz beruht, ob er ganz speziell den Gegenstand der streitigen Leistung trifft, oder ob diese ihm nur allgemein — wenn der Konkursgläubiger etwa nur ein Recht auf Sicherheit schlechthin hatte — entspricht, ist gleichgiltig. Gleichgiltig ist weiter auch, zu welcher Zeit der Anspruch entstanden ist, wenn er nur zur Zeit der streitigen Handlung wirksam war und er nicht selbst eine anfechtbare Gratifikation enthält. Von den letzteren, freilich recht häufigen Fällen abgesehen, muß deshalb auch ein erst nach der Zahlungseinstellung entstandener Anspruch genügen, z. B. wenn das Recht auf Befriedigung zu einem bestimmten Zeitpunkte erst nach der Zahlungseinstellung durch kontraktliche Kündigung geschaffen ist[5].

Im Einzelnen unterscheidet das Gesetz drei Fälle, je nach der Art der Differenz, die zwischen Anspruch und Leistung besteht[6].

1. Die Differenz betrifft die **Zeit** der Leistung. Dabei ist hauptsächlich an Akte zu denken, die dem Gläubiger Befriedigung gewähren sollen, da Sicherheit in der Regel nicht befristet versprochen wird. Ebenso nur an Akte, die vor die Zeit fallen, zu welcher der Gegner sie fordern konnte, pour dettes non échues. Dagegen kommt es darauf nicht an, aus welchem Grunde die Fälligkeit der Leistung hinausgeschoben ist, ob also die Forderung selber betagt ist oder ob ihr nur eine dilatorische Einrede entgegensteht. Auch suspensiv bedingte Ansprüche fallen in diese Kategorie, selbst wenn die Bedingung später eintritt, und die Wirkung des Eintritts

---

4 Uebereinstimmt R.O.H.G. 5^{108}. 7^{333}, Strieth. 45^{185}. 74^{96}. Andrer Meinung Motive 130, Völderndorff I. 284^{58}, Hullmann 141^{10}.

5 Entsch. 76^{319}, R.O.H.G. 23^{264}, Wilmowski 161, Hullmann 142^{11}.

6 Trotz der Theilung in drei Fälle ist die Formel, die das Gesetz aufgestellt hat, sehr allgemein gefaßt, während die früheren Gesetze kasuistisch nur einzelne Rechtsakte, die Angabe an Zahlungsstatt, die Erfüllung vor Fälligkeit u. s. f. der Anfechtung unterwerfen, wie das französische, preußische Recht, wie Bayern 1222, Holland 773 f., Spanien 1038. 1039. Dagegen sagte Entw. I. § 29 noch allgemeiner und redaktionell besser: „Sicherung oder Befriedigung, die der Gläubiger nicht zu beanspruchen hatte." Sehr allgemein und recht zweckmäßig sagt endlich — einem Ausdruck folgend, den schon die ältern englischen Gesetze aus der Zeit Jakob I. gebrauchen: Robson, treatise on the law of bankr. 554 — Amerika: s. 35: if such sale etc. is not made in the usual and ordinary course of business of the debtor, the fact shall be the prima facie evidence of fraud. Daß die Fassung des deutschen Gesetzes glücklich wäre, läßt sich nicht behaupten.

nach partikularem Recht zurückbezogen wird. Denn der Berechtigte hat eben nur einen Anspruch auf Leistung zu der Zeit, wo über die Existenz der Bedingung entschieden ist, und dies ist sogar das charakteristische Merkmal der Suspensivkraft der Bedingung. Die Rückbeziehung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ist deshalb für die Ansprüche des bedingt Berechtigten nur insoweit von Bedeutung, als der Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistung, nicht aber die Zeit der wirklichen Erfüllung in Frage kommt. Selbst, daß die Bedingung eine uneigentliche, etwa in praesens oder praeteritum collata ist, ändert hieran nichts, wenn der Schuldner geleistet hat, ehe er die Existenz oder Nichtexistenz der Bedingung kannte. Denn auch hier ist im Zweifel die Zeit der wirklichen Erfüllung so lange hinausgeschoben, als der Eintritt der Bedingung unbekannt ist, und ein in dieser Weise bedingt abgeschlossenes Geschäft ist im praktischen Resultat ein befristetes.

Wann eine Forderung zeitlich wirksam, d. h. in diesem Sinne fällig wird, entscheidet sich nach dem zuständigen Privatrecht. Insbesondere gilt also in Preußen eine Handelsforderung im Zweifel sofort für fällig, alle übrigen Forderungen dagegen sind nach den komplizirten Vorschriften, L.R. I. 5 § 220 flg. zu behandeln, die praktisch übrigens gemäß § 231. 235 a. a. O. meist ein mit der handelsrechtlichen Norm übereinstimmendes Resultat ergeben werden. Maßgebend sind dabei als Interpretationsmittel für die Meinung der Kontrahenten und zum Theil auch als gewohnheitsrechtliche Norm die usancemäßig für gewisse Arten von Geschäften bestehenden Erfüllungsfristen. Dagegen kommt es auf solche Fristen nicht an, die nur der coulante Geschäftsmann zu bewilligen pflegt und die auch nur in diesem Sinne als üblich gelten[7], da diese dem Gläubiger nicht das Recht auf sofortige Erfüllung benehmen. Noch weniger erheblich sind natürlich Abnahmefristen, die nur im Interesse des Gläubigers stipulirt werden und deshalb von vornherein dem liefernden Schuldner die Pflicht zur früheren Leistung auf Verlangen des Gläubigers belassen; sie begründen also nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst dann die Anfechtung nicht, wenn der Gläubiger auf direktes Betreiben des Schuldners von ihrer Einhaltung abgesehen hat.

Darauf, ob die Differenz der Zeit zwischen Leistung und Schuld an sich eine erhebliche war, sollte es nach der abstrakten Fassung der gesetzlichen Formel: eine Leistung, die der Gläubiger „nicht zu der Zeit" zu beanspruchen hat, nicht ankommen und wenn die Lieferung auf Nachmittag verabredet war, thatsächlich aber Vormittags erfolgt, würde somit die Anfechtung

[7] Dahin gehören die Fristen, die der Kaufmann dem Konsumenten einzuräumen pflegt. Die Fristen in dem Verkehr zwischen Fabrikant und Zwischenhändler, zwischen Kaufmann und Kaufmann sind dagegen zum großen Theil verbindlicher Art.

Platz greifen. Diese Auslegung ist indeß schon an sich wenig befriedigend. Da aber weiter bei der zweiten Gruppe der hier anfechtbaren Handlungen die entsprechende wortgemäße Interpretation zu absolut unhaltbaren Konsequenzen führt und deshalb für diese zweite Gruppe ganz zweifellos nur eine erhebliche Differenz zwischen Schuld und Leistung als ausreichender Grund der Anfechtung angesehen werden kann, so erscheint auch für die erste Gruppe eine freiere Auslegung geboten. Die Tilgung einer Schuld vor der Fälligkeit derselben ist demgemäß nur dann für anfechtbar zu erachten, wenn sie dem Fälligkeitstermine um ein Erhebliches vorausgeht. Im Verkehr wird eben die Zeit, wann eine Verbindlichkeit kontraktlich zu erfüllen ist, nicht in mathematischer Strenge genommen, sondern den Betheiligten in gewissen Grenzen eine freiere Behandlung der Fristen nachgelassen; bleibt die Differenz zwischen der Zeit der Leistung und der der Fälligkeit in diesen Grenzen, so ist sie also auch nicht geeignet, die Anfechtbarkeit der Leistung zu begründen.

Ob die Fälligkeit noch vor der Konkurseröffnung oder selbst noch vor der Zahlungseinstellung innerhalb der kritischen zehn Tage eingetreten ist, ist gleichgiltig. Denn das Gesetz macht für diesen Fall von der Anfechtung keine Ausnahme, sondern läßt es bei dem einen Erforderniß, daß die Leistung vor der Fälligkeit der Schuld erfolgte, bewenden[8]. Sachlich ist dies kaum zutreffend. Denn es ist nicht abzusehen, warum Jemand, der eine Zahlung zur Zeit der Fälligkeit unanfechtbar machen konnte, nicht schon vor der Fälligkeit zahlen darf.

2. Die Differenz betrifft die **Art** der Leistung. Anfechtbar ist also eine Leistung, die in der Art, wie sie gewährt wird, nicht Gegenstand des Anspruchs des Empfängers ist, die aber dennoch gegeben und genommen wird, um dem Empfänger dem Werth nach den Gegenstand seines Anspruchs zu verschaffen und insofern ihn zu befriedigen.

Einmal muß also eine Differenz der Art nach gegen den eigentlichen Inhalt des Anspruchs vorhanden sein, auf welchen die Leistung erfolgt. Der Hauptfall ist, daß bei einer auf eine Sachleistung gerichteten Obligation statt der geschuldeten eine andere Sache, insbesondere statt baaren Geldes Waaren gegeben werden, oder daß an Stelle der Hingabe von Sachen eine Leistung ganz abweichender Art, etwa die Zession einer Forderung, der Erlaß einer Schuld, tritt. Aber auch Leistungen, die an sich in den Rahmen der Obligation fallen und nur in der Qualität der gelieferten

---

[8] Otto 196, Dänem. 20 und die franz. Praxis, Massé 399, Humblet 445 Nr. 120, A. M. Völderndorff I. 282. Dagegen Holland 773 (alle op den dag van den aanvang des faillissements nog niet opeischbare schulden). Spanien 1039 (en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra), Portugal 1134 (dividas não vencidas na epocha da abertura), Rußland 1957, Bremen 31, Lübeck 27.

Waare oder in den Erfüllungsmodalitäten[9] von ihrem ursprünglichen Inhalt abweichen, reichen zur Anfechtung aus, da der Gläubiger sie nicht „in der Art“ zu fordern hat. Aber in dem einen wie dem andern Falle muß die Differenz zwischen Schuld und Erfüllung erheblich gewesen sein, so erheblich, daß sie in Durchschnittsfällen die Aufmerksamkeit des Empfängers zu erregen im Stande war. Bei Ortsdifferenzen — der Schuldner liefert dem Gläubiger z. B. die Waare ins Haus, statt die Abholung abzuwarten —, ist diese Einschränkung von selbst geboten; ebenso bei Qualitätsverschiedenheiten, bei der Erfüllung durch einen Bevollmächtigten oder einen Boten. Aber auch bei der Lieferung einer nicht geschuldeten Sache an Stelle der geschuldeten kommen so geringe Differenzen vor, daß sie vernünftigerweise absolut nicht als Grund zur Anfechtung angesehen werden können. Man denke nur, um den prägnantesten Fall gleich vorweg zu nehmen, an die Tilgung einer fälligen Geldschuld durch Papiergeld oder Banknoten an Stelle wirklichen baaren Geldes[10]. Man denke weiter bezüglich des internen kaufmännischen Verkehrs an die Zahlung durch Handelspapiere, d. h. durch Skriptur-Obligationen, die bestimmungs- und usancemäßig zur Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten im Handelsverkehr verwendet werden[11] und die der Handelsverkehr deshalb für „geldgleich“ ansieht[12]. Man nehme weiter die Fälle, in denen der Schuldner ein Recht darauf hat, anstatt des eigentlichen Schuldgegenstandes ein Aequivalent zu geben, mag es sich nun um ein gesetzliches Recht dieser Art[13] oder um eine vertragsmäßig ausbedungene Nebenbefugniß — facultas alternativa — handeln. Man kann dem Hinweis auf Fälle dieser Art entgegenhalten, daß der Wortlaut des Gesetzes einer Einschränkung der Anfechtung auf Abweichungen erheblicher

---

[9] Schuldner liefert an einem andern Ort, als verabredet, er versendet franko statt auf Kosten des Käufers, expedirt statt per Kahn durch Bahnfracht, er erfüllt durch eine Mittelsperson, insbesondere durch Anweisung auf seinen Schuldner. So für das letztere Beispiel Strieth. 41^{74}, Appellgericht Hamm bei Gruchot 7^{372}, Humblet 445 Nr. 135, Bédarride 113, A. M. Otto 195.

[10] Denn wenigstens in Deutschland braucht der Gläubiger Papiergeld und Banknoten nicht als Geld zu nehmen und kann sie noch weniger statt Geldes fordern.

[11] Früher nahm man sie von der Anfechtung ausdrücklich aus: c. de c. 446, Ital. 709, Preuß. 101 (Entsch. 56^{474}, Strieth. 62^{218}, R.O.H.G. 24^{257}). Württ. 51. Allgemeiner nimmt Dänem. 20 jede Zahlung mit üblichen Mitteln (sädvanlige Betalingsmidler) aus.

[12] Mit Vorsicht allerdings. Aber diese Vorsicht ist nicht wesentlich von der Sorge verschieden, daß ein Goldstück oder eine Banknote gefälscht sei. Die Sorge ist nicht die, daß diese ganze Art der Erfüllung der Baarzahlung nicht gleichstehe, sondern daß das speziell zur Erfüllung angebotene Exemplar des Geldsurrogats, genau wie das verdächtig aussehende Goldstück, werthlos sein könne.

[13] Z. B. gemäß der Auth. Hoc nisi. Vgl. § 37 Nr. 4.

Art direkt widerspreche. Aber man erinnere sich, daß, wie schon betont, der Gläubiger die Erfüllung durch einen Boten oder die Zahlung von Papiergeld auch nicht „in der Art" beanspruchen kann, daß hier aber Niemand die Anfechtung zulassen wird und daß also zweifellos die gesetzliche Formel als ungenau und zu weitgefaßt nachgewiesen ist. Dadurch wird aber die freie Interpretation der Formel überhaupt geboten, und es ist unbedenklich, daß dieselbe zu dem Ergebniß führen muß, welches wir oben bezeichnet haben: daß nämlich nur eine erhebliche Differenz zwischen Erfüllung und Schuld zur Anfechtung genügt [14. 15. 16. 17].

Auf der andern Seite muß aber, der Differenz ungeachtet, die angefochtene Leistung „auf Schuld" erfolgen und die Befriedigung einer Forderung herbeizuführen bestimmt sein. Die bloße Thatsache also, daß auf Anlaß und in Verbindung mit der anzufechtenden Rechtshandlung eine Konkursforderung des Mitkontrahenten an den Kridar getilgt wird, reicht nicht aus, um das ganze Geschäft für anfechtbar zu erklären. Man nehme den Fall, daß der Kridar Mängel an der ihm übersendeten Waare rügt, der Verkäufer die Waare, trotzdem die Rüge verspätet ist, gütlich zurücknimmt, und hierbei selbstverständlich auch seine völlig rechtsverbindliche Konkursforderung auf Zahlung des Kaufpreises aufgehoben wird [18]. Man nehme, daß der Kridar das Gehalt seines Reisenden erhöht, und dieser dabei auf ältere, dem Betrage nach streitige Provisionsrückstände Verzicht leistet. Beide Fälle, in denen die Anfechtung sicher nicht zuzulassen ist, erklären das Prinzip zur Genüge: es kann nicht allein darauf ankommen, daß der Leistung des

---

[14] Im Grunde scheint auch über die Nothwendigkeit einer Restriktivinterpretation kein Streit zu herrschen. Dernburg II. 325 nimmt die Leistung von usuellem Gelde und Banknoten aus, Wilmowski 160 die Leistung von solchen Werthzeichen, welche der Gläubiger nach Handelsbrauch annehmen muß, Hullmann 142[12] die Leistung von Papieren, die der Verkehr für ordentliche Zahlungsmittel ansieht u. s. f. — Auch die Franzosen wollen allgemein übliche Formen der datio in solutum der Anfechtung entziehen. Dalloz, répert. 24 Nr. 290. 293. Sirey-Gilbert, Art. 446 Nr. 21. Bédarride 139. Strenger Humblet 445 Nr. 125. 135.

[15] Daß der Einredebeweis, den das Gesetz dem Gegner nachläßt, keine ausreichende Abhilfe schafft, vgl. § 36 zu Note 9.

[16] Dazu kommt, daß bei der Strafbestimmung von K.O. § 211 derselbe Sprachgebrauch wiederkehrt, und hier eine ganz unerhebliche Differenz zwischen Schuld und Leistung sicher nicht für genügend angesehen werden wird.

[17] Reichsgericht bei Gruchot 26[1188] schließt sich eng an den Wortlaut des Gesetzes an und erklärt eine Zahlung durch Wechsel für anfechtbar, auch wenn der Gegner durch Wechsel zu bezahlen pflegte.

[18] Natürlich kann das Geschäft auch in diesem Falle lediglich eine Hingabe an Zahlungsstatt bezwecken — vgl. unten zu Note 22, — und ist dann anfechtbar. So sehr zutreffend R.O.H.G. 2[75]. 24[204].

Kridars eine Tilgung seiner Schuld gegenübersteht, sondern der Gläubiger muß auch durch die Leistung für seine Forderung „befriedigt" werden, die Leistung muß also nach der Absicht der Parteien ein Aequivalent des eigentlichen Gegenstandes der Forderung und diesen zu vertreten bestimmt sein. Danach scheiden zunächst alle diejenigen Geschäfte von dem Bereich der Anfechtung aus, wo, wie in den beiden eben aufgeführten Beispielen, die Tilgung der ursprünglichen Forderung durch einen Vertrag selbständigen Charakters, der aber jedenfalls nicht die Hingabe eines Aequivalents des eigentlichen Schuldgegenstandes betrifft, bewirkt wird. Es ist aber auch bei den auf Befriedigung des Gläubigers gerichteten Handlungen genau zu unterscheiden, ob die Parteien nicht blos einen Theil der Gegenleistung des Kridars als Aequivalent des Schuldgegenstandes erachtet haben[19]. Wenn etwa ein Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung von dem Schuldner Waaren auf Kredit kauft, und der Kaufpreis gegen seine Forderung kompensirt wird, so sind es die Waaren selbst, die das Aequivalent für den eigentlichen Schuldgegenstand bilden, und das ganze Kaufgeschäft ist also als eine verschleierte Hingabe an Zahlungsstatt anfechtbar. Verfolgen die Parteien dagegen einen wirklichen Waarenkauf, und wird nur in Veranlassung desselben der ernstlich verabredete Kaufpreis auf die Forderung des Gläubigers verrechnet, so sind nicht die Waaren, sondern es ist der verrechnete Kaufpreis das in Zahlung gegebene Objekt, und nicht der ganze Kauf, sondern nur die Kompensation ist anfechtbar. Wird endlich der Gegenforderung des Verkäufers von den Parteien überhaupt nicht gedacht und ist also die Kompensation eine zufällige, so ist die Anfechtung von vornherein ausgeschlossen[20]. Auch die Girirung eines Wechsels an einen früheren Indossanten desselben wird also nur dann anfechtbar sein, wenn sie zu dem Zweck geschah, die Wechselregreßschuld desselben zu tilgen[21]. Diese und ähnliche Fragen sind stets vom Standpunkt des konkreten Falles zu lösen, und behandeln

---

19 So auch im Wesentlichen R.O.H.G. 10^{209}, Entsch. 64^{346}, Strieth. 58^{175}, obschon die thatsächliche Würdigung in diesen Erkenntnissen der Anfechtung zum Theil nicht gerecht wird. Zu weit geht dagegen Kraewell bei Gruch. 11^{392}, wenn er wegen der Ipso-jure-Wirkung der Kompensation die Begründung einer Gegenforderung des Kridars schlechthin für anfechtbar hält.

20 Strieth. 77^{148} fordert deshalb mit Recht, daß die Kompensation Zweck des Geschäftes war. A. M. Hullmann 144^{15}. — Die Kompensation tritt zwar auch dann ipso jure ein, wenn sie im einzelnen Fall von den Parteien verabredet ist, beruht also nicht auf der Abrede als solcher. Dies ist aber übereinstimmend bei allen Rechtsakten der Fall, die wir oben § 12 zu Note 4 als bloße Rechtshandlungen den Rechtsgeschäften gegenüber charakterisirt haben, und steht der Anfechtung des einzelnen konkreten Falles, in dem die Kompensation absichtlich herbeigeführt wird, nicht entgegen. — Uebereinstimmend franz. Praxis, Humblet 445 Nr. 126.

21 Dalloz, répert. 24^{293}.

sich gerade deshalb praktisch einfacher wie in der Theorie. Auf den Namen, auf die Form, welche die Kontrahenten dem Geschäft geben, kommt es aber natürlich nicht an[22]. Die Parteien können die Rechtshandlung als Hingabe an Zahlungsstatt, als Kompensationsvertrag, als Vergleich, als Ankauf der eigenen Schuld, als Rückgängigmachen des alten Vertrages bezeichnen und äußerlich gestalten, ohne daß sie damit die Thatsache ändern, daß sachlich und ernstlich ihre Absicht nur darauf geht, dem Gläubiger an Stelle des eigentlichen Schuldobjekts ein anderes als Aequivalent zu verschaffen.

3. Die Leistung ist dem Gegner **gar nicht** geschuldet. Hierher gehören Akte der Befriedigung, welche der Gläubiger nicht zu fordern hat, Zahlungen auf nichtige oder angefochtene Schulden, auf resolutiv bedingte Schulden, sofern die Bedingung später existent wird, Zahlungen von Vergütungen, die dem Empfänger nicht zustehen, endlich auch Nebenleistungen — Zahlung von Zinsen, Lieferung von Emballage —, die nicht in obligatione waren. Alle diese Fälle sind nicht eben von großer Bedeutung.

Weit wichtiger, und an sich eine der wichtigsten Gruppen anfechtbarer Handlungen, sind dagegen die Sicherheitsleistungen, auf welche der Gegner keinen Anspruch hatte. Der Umfang, in welchem diese von der Anfechtung getroffen werden, hängt davon ab, in welchem Umfange ein Anspruch des Gläubigers auf Sicherheitsleistung anerkannt ist, und hierauf ist deshalb im Folgenden einzugehen.

Ein solcher Anspruch wird zunächst anerkannt, wenn die Parteien ihn giltig[23] vereinbart, wenn sie also verabredet haben, daß Hypothek, oder allgemeiner, daß Sicherheit für die Forderung bestellt, daß Dreimonatsaccepte gegeben werden sollen u. s. f. Die Vereinbarung kann vor der Begründung der zu sichernden Forderung, gleichzeitig mit derselben, kann aber auch nachher stattfinden, nur daß sie nicht in die kritische Zeit der zehn Tage fallen darf, welches Falles sie als präparatorischer Akt zur Sicherheitsleistung selber anfechtbar sein würde. Sie kann weiter die zu sichernde Forderung speziell betreffen, kann sich aber auch, wie dies bei Kautionshypotheken so häufig der Fall ist, auf alle Forderungen beziehen, die inskünftig aus dem geschäftlichen Verkehr des Kridars mit dem Empfänger der Sicherheit noch entstehen werden. Nur darf das Versprechen, Sicherheit zu geben, nicht so vag und unbestimmt gefaßt sein, daß es überhaupt der verbindlichen Kraft entbehrt[24].

---

[22] Auch dann, wenn die zivilrechtliche Wirksamkeit des Geschäfts von einer ausdrücklichen Abrede der Annahme an Zahlungsstatt abhängt, wie nach L.R. I. 16 § 235. R.O.H.G. 17[325].

[23] Mündliches Versprechen genügt. Vgl. Note 4.

[24] Das Versprechen, der Gläubiger solle alle Waaren des Schuldners, die in seine Gewahrsam kämen, retiniren dürfen, genügt nicht, weil der Gläubiger damit

Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung wird weiter aber auch ohne Vereinbarung der Parteien von Gesetzes wegen anerkannt. Nach preußischem Recht insbesondere haben folgende Forderungen ein solches gesetzliches Recht:

a) alle Forderungen des Fiskus mit alleiniger Ausnahme der Geldstrafen;

b) Forderungen der Kommunalverbände, Kirchen und Schulen aus Kontrakten, insbesondere auch gegen den Verwalter ihres Vermögens;

c) Forderungen der Dienstherrschaft gegen ihr Gesinde und ihre Hausoffizianten, die sich auf anvertraute Sachen beziehen;

d) die Forderung des Legatars gegen den Erben;

e) des Mündels gegen den Vormund[25];

f) der Kinder gegen ihren zur zweiten Ehe schreitenden Vater;

g) der Ehefrau gegen den Ehemann[26];

h) des Werkmeisters gegen den Bauherrn[27];

i) des Wechselinhabers gegen die Wechselschuldner;

k) der Allodialerben wegen ihrer Ansprüche an das Lehn.

Die näheren Voraussetzungen aller dieser Titel, ebenso wie ihre spezielle inhaltliche Begrenzung ergeben sich aus dem bürgerlichen Recht. Hier ist nur daran zu erinnern, daß in den Fällen f, g, h das Recht sich nur auf Schuldner bezieht, die mit Grundstücken angesessen sind, daß im Falle e der Gläubiger lediglich durch seinen gesetzlichen Vertreter, in diesem Falle nämlich das Vormundschaftsgericht, den Anspruch auf Sicherstellung erheben kann, daß endlich in dem Falle g eine einjährige Präklusivfrist für die Ausübung des Rechts gesetzt ist.

Anderweite Fälle eines gesetzlichen Anspruchs auf Sicherheit giebt es im Gebiet des preußischen Rechtes nicht[28]. Namentlich kann, wie mit allem Nachdruck betont werden muß, die allgemeine jedem Gläubiger zustehende Befugniß, unter gewissen nicht in der speziellen Natur seiner Forderung liegenden Voraussetzungen zu einer Sicherung seines Anspruchs zu gelangen, dem gesetzlichen Erfordernisse keinesfalls genügen. Dahin gehört das Recht,

---

kein Recht darauf erworben hat, daß solche Waaren wirklich in seine Gewahrsam gebracht werden. R.O.H.G. 15[80]. — Vgl. auch Bédarride Nr. 126.

[25] Vgl. § 37 Nr. 6 und Holländ. Handelsgesetzb. 774.

[26] Daß der Anspruch der Ehefrau auf Sicherung nur noch in beschränktem Umfange zu Recht besteht, ist oben § 30 zu Note 13 nachgewiesen.

[27] Strieth. 40[112].

[28] Auch nicht bei bedingten Rechten trotz A.L.R. I. 4. § 122, denn hier handelt es sich nur um eine spezielle Anwendung des allgemeinen Rechtes, in geeigneten Fällen einen Arrest auszubringen, und dieses allgemeine Recht genügt, wie oben im Text sogleich zu zeigen, dem Gesetze nicht. Aehnlich ist es mit der cautio de non amplius turbando bei dinglichen und Besitzklagen.

Sachen des Schuldners zu retiniren[29], einen Arrestbefehl gegen den Schuldner zu erwirken, auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung Pfändungen gegen ihn vorzunehmen. Denn das Gesetz schließt die Sicherstellung, auf welche der Empfänger ein Recht hat, doch nur um deswillen von der Anfechtung aus, weil ihre Annahme nur der gewöhnlichen geschäftlichen Vorsicht des Kreditgebers entspricht und demselben durchaus keinen Anlaß giebt, an der Solvenz seines Schuldners einen speziellen Zweifel zu hegen[30]. Sobald dagegen der Gläubiger auf Grund einer der vorgenannten allgemeinen Befugnisse Sicherheit erlangt, so liegt der Natur der Sache nach ein spezieller Zweifel an der Solvenz des Schuldners allerdings vor, der Gläubiger wird hier zu einer Prüfung der Vermögenslage des Andern recht eigentlich gedrängt und muß mit der Möglichkeit baldiger Konkurseröffnung über das Vermögen desselben rechnen; es ist also dem Grundgedanken des Gesetzes gemäß die Anfechtung der Sicherheitsbestellung in Fällen dieser Art vielleicht mehr gerechtfertigt, als in irgend einem andern Falle. Weiter ist zu beachten, daß der Zweck dieser Art der Anfechtung offenbar dahin geht, eine gleichmäßige Befriedigung aller Konkursforderungen herbeizuführen und diese von der zufälligen Gestaltung des Zwangsverfahrens und von der größeren oder geringeren Vigilanz der einzelnen Gläubiger einigermaßen unabhängig zu machen. Es würde nun aber diesem Zwecke geradezu widersprechen, wenn trotzdem eine bevorzugte Befriedigung des einen Gläubigers vor den andern zugelassen würde, lediglich weil die Vigilanz dieses Gläubigers oder die Konnivenz des Schuldners oder ein reiner Zufall jenem einen vollstreckbaren Titel oder die Kenntniß eines Arrestgrundes oder die Möglichkeit einer Retention verschafft hat. Dazu kommt endlich die praktische Erwägung, daß die gegentheilige Auffassung diese Art der Anfechtung ziemlich illusorisch machen würde. Denn einmal sind in der Zeit, die einer Konkurseröffnung unmittelbar vorhergeht, bezüglich des späteren Kridars die Voraussetzungen zu einem Arrestschlage sehr oft vorhanden, und jeder einzelne Gläubiger wäre alsdann berechtigt, Sicherstellung zu verlangen, wäre also von der Anfechtung ausgeschlossen. Ebenso läßt sich aber zweitens wenigstens für alle fälligen Forderungen leicht ein vollstreckbarer Titel und somit indirekt auch ein Recht auf Sicherheit beschaffen[31].

Man hat diesen zwingenden Gründen sich nicht verschlossen und deshalb vermittelnd den Titel zum Pfandrecht auf Grund eines vollstreckbaren

---

[29] Ausgenommen den Fall eines speziellen Retentionsrechts, wie es z. B. dem Vermiether zusteht.

[30] „Une défiance, fondée sur une connaissance individuelle de l'état fâcheux du débiteur", wie Pardessus, cours du droit comm. III. Nr. 1120 sagt.

[31] Ein weiteres Argument für unsere Ansicht giebt R.K.O. § 28.

Urtheils nur dann für ausreichend erklärt, die Anfechtung auszuschließen, wenn das Urtheil vor den kritischen zehn Tagen ergangen ist. Der Grund zu dieser Unterscheidung kann offenbar nur sein, daß ein später erwirktes Urtheil als vorbereitender Akt zur Sicherheitsleistung selber anfechtbar sein würde. Indeß trifft dieser Grund nicht zu. Denn der Gläubiger hat ja, so gut wie er ein Recht hat, auf Grund des vollstreckbaren Titels eine Pfändung zu erwirken, so auch auf Grund der Fälligkeit seiner Forderung ein Recht, dieselbe für vollstreckbar erklären zu lassen. Würde also überhaupt eine Befugniß, die jedem einzigen Gläubiger zusteht, zum Ausschluß der Anfechtung genügen, so wäre auch die Erwirkung des Urtheils innerhalb der kritischen Zeit lediglich eine Vorbereitung der Sicherung, welche der Gläubiger beanspruchen kann, und somit der Anfechtung entzogen. Hält man dagegen mit uns und der zuletzt vorgetragenen Mittelmeinung die allgemeine Befugniß, ein Urtheil zu erwirken, dem gesetzlichen Erfordernisse nicht für genügend, so darf auch die allgemeine Befugniß, aus dem Urtheil Pfändungen zu erwirken, nicht für ausreichend erachtet werden, die Anfechtung auszuschließen[32].

II. Anderweite Voraussetzungen.

§ 36.

1. Befristung. Die anzufechtende Rechtshandlung muß in einen Zeitraum fallen, welcher mit dem zehnten Tage[1] vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage beginnt und mit der Konkurseröffnung endet.

Diese Frist bestimmt sich also im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen wie bei der Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz — § 23[1] —, und es kommen deshalb auch hier die bezüglich dieses Falles der Anfechtung entwickelten Grundsätze zur Anwendung[2]. Charakteristisch ist nur die Verlängerung der Frist um zehn Tage; durchaus zufällig ist es dagegen, daß

---

[32] Uebereinstimmend Wilmowski 163 u. R.G. 7[37]. Anders Hullmann 143[13], Otto 90, Grützmann 187, Korn 105 und auch Reichsgericht bei Gruchot 26[833].

[1] Die zehn Tage sind französisches Recht — vgl. oben § 2 Nr. 3 —, aber bereits von der Pr. K.O. § 101 adoptirt; ebenso in Belgien 445, Chile 1373, Aegypten 235 u. s. f. Dagegen hatten die andern Staaten die analogen Fristen weiter normirt, z. B. Bayern 1222 auf 14 Tage. Sodann datiren von der Konkurseröffnung ab Baden 722 (zehn Tage „vor der Ganteröffnung"), Rußl. 1957, Italien 709 (dieci giorni anteriori alla dichiariazione di fallimento), Bremen 40 (14 Tage), Spanien 1038 (quince dias precedentes á la declaracion de quiebra), Portugal 1133 (vinte dias precedentes á abertura da fallencia), Lübeck 32 (4 W.), Brasilien 828 (40 Tage), Dänem. 20 (8 W.) u. s. f. Endlich rechnen Niederl. 773 von dem Eröffnungsantrage ab 40, Württ. 51 von diesem und der richterlichen Vorverfügung ab 30 Tage.

[2] Vgl. oben § 32.

die sechsmonatige Frist, welche theilweise die Anfechtung der Zahlungen begrenzt, nicht auch auf die Anfechtung der Angabe an Zahlungsstatt ausgedehnt ist.

Das Gesetz sagt nämlich, daß eine Rechtshandlung, die der Konkurseröffnung um mehr als sechs Monate vorausgeht, aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden könne. Nun ist aber die Anfechtung einer Gratifikation auf die Eigenthümlichkeit und Auffälligkeit des anfechtbaren Geschäftes gegründet, darauf also, daß der Gläubiger, der an dem Geschäfte theilnahm, Anlaß hatte, die Solvenz seines Schuldners in Erwägung zu ziehen: und dieser Grund hat mit der Kenntniß eines bestimmten, konkreten Vorganges, wie es die Zahlungseinstellung ist, nichts zu thun. Und wenn das Gesetz von dem Gegner zur Vermeidung der Anfechtung auch den Beweis der Unkenntniß der Zahlungseinstellung fordert, so folgt, wie schon mehrfach betont, daraus noch lange nicht, daß, bis dieser Beweis erbracht ist, positiv die Kenntniß der Zahlungseinstellung vermuthet wird, und noch weniger, daß diese präsumirte Kenntniß gar der Grund der Anfechtung sein solle.

Dazu kommt nun aber, daß die gegentheilige Auffassung, wie man sie auch wendet, stets zu Resultaten führt, die in sich widerspruchsvoll und inkonsequent sind. Zweifellos bezieht die streitige Begrenzung sich auf diejenige Frist nicht, die im einzelnen Falle von dem Eröffnungsantrage berechnet wird. Unterliegt also so wie so nicht die ganze Gruppe, die als „Gratifikation" aus § 23² anfechtbar ist, jener Befristung, so wird man unbedenklich auch diejenigen Handlungen, welche innerhalb der zehn Tage vor der Zahlungseinstellung vorgenommen sind und deren Anfechtbarkeit unmöglich auf der Kenntniß der noch gar nicht eingetretenen Zahlungseinstellung beruhen kann, der Wirksamkeit jener Befristung entziehen. Andrerseits faßt das Gesetz diese ganze Gruppe in einer Art zusammen, daß so erhebliche Unterschiede in der zeitlichen Begrenzung ihrer Anfechtbarkeit den Intentionen des Gesetzgebers kaum entsprechen. Wollte man aber um dieser einheitlichen Behandlung aller hierhergehörigen Fälle willen die sechsmonatige Frist auf alle diese Fälle ausdehnen, so macht wiederum die Berechnung der zehn Tage Schwierigkeit, da es der Konsequenz entspricht, die Frist von sechs Monaten um diese zehn Tage zu verlängern, das Gesetz dagegen ausnahmslos die Rechtshandlung innerhalb der sechs Monate vorgenommen wissen will. Schon um dieser Zweifel willen wird man nicht Bedenken tragen, der prinzipiell bereits gerechtfertigten Auffassung sich anzuschließen und die sechsmonatige Frist auf die Anfechtung der Gratifikationen überhaupt nicht anwenden[3].

---

[3] Die Entwickelungsgeschichte des § 26 R.K.O. führt allerdings anscheinend zu dem entgegengesetzten Resultat. Denn Preußen § 122 setzte allgemein fest, daß die

2. In subjektiver Hinsicht fordert das Gesetz als Voraussetzung der Anfechtung nur eine „Rechtshandlung", ohne die Person zu nennen, von welcher die Handlung ausgegangen sein muß, und es ist deshalb die Anfechtung auch bezüglich der Handlungen dritter Personen nicht ausgeschlossen. Namentlich wird deshalb die Frist zur Anfechtung gewahrt, wenn auch nur ein richterlicher Akt, der für die Vollendung der anfechtbaren Rechtshandlung wesentlich ist, in die zehn Tage fällt. Nur für den Einwand der Sachunkenntniß, wie das Gesetz ihn dem Anfechtungsgegner nachläßt, ist sowohl dessen eigne Betheiligung bei der anfechtbaren Handlung wie auch die Theilnahme des Kridars nicht ohne Bedeutung.

a) Der Kridar braucht bei einer Rechtshandlung, die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage vorgenommen ist, überhaupt nicht persönlich betheiligt zu sein. Hier genügt es deshalb, wenn die Sicherung oder Befriedigung des Gläubigers durch ein Versäumnißurtheil, einen Arrestbefehl, durch Zwangsvollstreckung, durch Zession an einen Kompensationsberechtigten [3a] erfolgt. Dagegen ist bei Handlungen, die in die zehn Tage vor die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungsantrag fallen, und ebenso für spätere Handlungen, bei deren Vornahme dem Anfechtungsgegner diese beiden für die Fristberechnung wesentlichen Thatsachen erweislich unbekannt geblieben sind, die Betheiligung des Kridars nicht zu entbehren. Denn das Gesetz läßt alsdann die Einrede zu, es habe dem Kridar die Absicht gefehlt, den Anfechtungsgegner vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, und es würde selbstverständlich zur Begründung dieser Einrede genügen, wenn zwar nicht die Existenz jener Absicht in abstracto, aber doch ihr kausaler Zusammenhang mit der angefochtenen Handlung widerlegt wird. Die Anfechtung ist deshalb ausgeschlossen, sobald bewiesen wird, daß der Kridar auch nicht passiv an der Handlung betheiligt, d. h. gar nicht in der Lage gewesen ist, dieselbe zu verhindern.

Zahlungseinstellung nicht länger als sechs Monate vor die Konkurseröffnung zurückdatirt werden sollte; ebenso sagte Entwurf I. § 12: die Zahlungseinstellung gebe das Recht zur Anfechtung aus §§ 28. 29 — jetzt § 23[1.2] — nicht, wenn sie vor diese Frist falle. Nach beiden Gesetzen war also zweifellos diese halbjährige Frist auch auf die Anfechtung der Gratifikationen anwendbar. Dafür erwähnten sie aber auch beide bei der Festsetzung der Frist von einer Kenntniß der Zahlungseinstellung nichts, und beide verlängerten die Frist bei der Anfechtung aus § 23[2] um zehn Tage. Diese doppelte Differenz aber beweist gerade, daß das jetzige Gesetz von seinen Vorbildern absichtlich abgewichen ist. Trotzdem wenden Petersen 150, Völderndorff I. 318, Hullmann 150[2], Sarwey 187 die Frist der sechs Monate auf die Anfechtung aus § 23[2] vollständig an. Andre — Fitting 154, Meißner 125 — schränken dies wenigstens dahin ein, daß sie bei älteren Rechtsakten nur den Beweis bezüglich der Begünstigungsabsicht aufrechterhalten.

[3a] So franz. Praxis: Massé 401 flg. Dieser selbst ist übrigens andrer Meinung.

Die Begünstigungsabsicht selber besteht in der Erwägung auf Seite des Kridars, daß sein Verhalten dem Akte der Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers gegenüber zu einer Bevorzugung desselben vor den übrigen Gläubigern führe[4]. Sie ist mithin mit der Absicht der Verkürzung der Gläubiger nahe verwandt, sobald man bei dem letzteren Begriffe nur an die übrigen Gläubiger außer dem bevorzugten denkt; die Erörterungen, die wir oben bezüglich der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen gemacht, treffen deshalb zum großen Theil auch bezüglich der Absicht, einen Gläubiger vor den andern zu begünstigen, zu[5]. Nur ist festzuhalten, wie durch die Uebertragung der Beweislast auf den Anfechtungsgegner materiell der Begriff der Begünstigungsabsicht verschoben wird. Bei dem Fehlen durchgreifender direkter Beweismittel ist der Anfechtungsgegner auf den Indizienbeweis beschränkt[6], und die Folge davon ist die Unmöglichkeit[7], zu beweisen, daß eine Erwägung, die dem Kridar nur aus Gedankenlosigkeit, aus übertriebenem Optimismus oder sonst durch grobe Fahrlässigkeit fernbleiben konnte, ihm thatsächlich ferngeblieben ist. Dem Anfechtungsgegner bleibt deshalb nur der doppelte Beweis übrig, daß der Gemeinschuldner an der angefochtenen Handlung überhaupt nicht betheiligt war oder daß ihm seine eigne Insolvenz oder deren drohende Nähe zur Zeit seiner Betheiligung noch gar nicht bekannt sein konnte. Nur in seltenen Fällen wird sich die Begünstigungsabsicht in andrer direkterer Weise widerlegen lassen, etwa, wenn ein außergerichtlicher Akkord zu Stande gekommen ist, und die Leistung des Kridars sich lediglich als Sicherung oder Zahlung der Akkordrate darstellt.

b) Die Mitwirkung des Gegners ist von noch größerer Bedeutung[8] — da die Anfechtung zessirt, sobald der Gegner weder die Zahlungseinstellung, noch den Eröffnungsantrag, noch die Absicht des Schuldners, ihn vor den andern Gläubigern zu begünstigen, gekannt hat — jedoch gleichfalls nur als Gegenstand einer Einrede.

Der Beweis dieser Sachunkenntniß ist nur dann erforderlich, wenn die Thatsachen, um deren Kenntniß es sich handelt, objektiv feststehen oder bez. nicht bereits objektiv widerlegt sind. Ist also die Zahlungseinstellung

[4] In der oben § 17 Nr. 3. 4 speziell entwickelten Weise.

[5] Namentlich, daß die Kenntniß der eignen Insolvenz für die Begünstigungsabsicht weder ausreichend noch nothwendig ist, und weiter, daß der Absicht das Bewußtsein eigentlicher Rechtswidrigkeit nicht anzuhaften braucht; vgl. § 17 Nr. 3. 4.

[6] Entw. I. § 29 ließ deshalb ganz korrekt nur den Beweis von Thatsachen zu, welche die Begünstigungsabsicht ausschließen würden. Vgl. § 24 Note 22.

[7] Dies ist bereits mehrfach betont. Vgl. § 24 gegen Ende.

[8] Vgl. § 19 Nr. 2 und § 24 gegen Ende. In § 24 zu Note 19 ist namentlich ausgeführt, daß es sich hier um eine ächte Einrede, nicht um einen Gegenbeweis gegen eine Präsumtion handelt.

oder der Eröffnungsantrag nicht erwiesen, oder ist die Absicht der Begünstigung auf Seite des Kridars durch Einredebeweis widerlegt, so ist von einer Kenntniß oder Unkenntniß dieser Umstände selbstverständlich nicht mehr die Rede, und damit die Einrede des Anfechtungsgegners in einem ihm günstigen Sinne erledigt. Selbst dann, wenn der Anfechtungsgegner einen dieser Umstände als vorhanden annahm, kommt es auf solche irrthümliche Meinung nicht an.

Die Unkenntniß, wie sie das Gesetz voraussetzt, hat eine dreifache Richtung: ihr Gegenstand ist die Thatsache der Zahlungseinstellung des Schuldners, der Antrag auf Konkurseröffnung über sein Vermögen, endlich seine Absicht, den Anfechtungsgegner zu begünstigen. Soll nun die Anfechtung ausgeschlossen werden, so muß die Unkenntniß des Gegners eine vollständige sein. Seine Unkenntniß in der einen oder der andern Richtung genügt nicht. Jedoch braucht der Gegner seine Unkenntniß bezüglich des Eröffnungsantrages und der Zahlungseinstellung nicht schlechthin und allgemein zu beweisen, sondern hat sich darüber nur soweit auszulassen, als der Verwalter die objektive Existenz jener Thatsachen beweist. Stützt dieser insbesondere die Anfechtung einer Pfandbestellung darauf, daß derselben Tags zuvor ein Antrag auf Konkurseröffnung vorausgegangen ist, so hat der Gläubiger sich nur über seine Unkenntniß in Bezug auf den Eröffnungsantrag auszuweisen, braucht dagegen auf eine etwaige Zahlungseinstellung des Kridars und seine Kenntniß derselben nicht einzugehen. Die Begünstigungsabsicht des Kridars oder die Kenntniß des Gegners von dieser Absicht ist dagegen in allen Fällen zu widerlegen.

Vielfach[9] wird behauptet, daß es für den Einredebeweis des Anfechtungsgegners schon genüge, darzuthun, daß das angefochtene Geschäft nicht von auffälliger Art, sondern durchaus herkömmlich und üblich sei. Die Lieferung von Handelspapieren an Stelle der Baarzahlung, die Einlösung von Verbindlichkeiten, deren Diskontirung üblich ist, vor der Verfallzeit, die Beschaffung eines Pfandrechtes auf dem Wege der Zwangsvollstreckung, diese und ähnliche Geschäfte sollen demgemäß einfach durch Darlegung des Sachverhältnisses der Anfechtung entzogen werden können. In der That entspricht dies auch dem eigentlichen Grundgedanken des Gesetzes. Der Wortlaut desselben fordert indeß unzweideutig den vollen Beweis der Unkenntniß ganz bestimmter Thatsachen. Diese Thatsachen, die Zahlungseinstellung, der Eröffnungsantrag, die Begünstigungsabsicht haben nun an sich mit der größeren oder geringeren Auffälligkeit des Geschäftes nichts zu thun, und diese Auffälligkeit ist also auch nicht die einzige Quelle, aus welcher der Anfechtungsgegner seine Kenntniß der kritischen Thatsachen

---

9 So Stieglitz 142 und namentlich Hullmann 142 und jetzt auch Reichsgericht 4^{436}. Richtig Korn 107.

schöpfen kann. Die persönliche Bekanntschaft mit den Vermögensverhältnissen des Kridars, direkte Mittheilungen unterrichteter Personen sind dazu offenbar in gleichem Maß geeignet, und kein Wort des Gesetzes deutet an, daß dem Anfechtungsgegner nur eine solche Sachkenntniß schaden solle, die er aus dem Wesen und dem Inhalte der angefochtenen Handlung selbst entnommen habe. Der Beweis der äußeren Harmlosigkeit des Geschäfts schneidet also nur eine Quelle der Sachkenntniß ab und läßt die andern vollkommen unberührt. Ebendeshalb ist ein solcher Nachweis für sich allein auch nicht einmal geeignet, für einen richterlichen Eid die Unterlage abzugeben, da er nicht blos seiner innern Beweiskraft nach unvollständig ist, sondern auch dem äußern Umfang nach das Beweisthema nicht erschöpft. Es muß deshalb stets noch ein weiteres Indiz hinzutreten, welches die Unkenntniß des Gegners auch mit Bezug auf andre Quellen der Information mehr oder minder glaubhaft macht. Daß dies recht schwierig sein kann, soll nicht bezweifelt werden, beweist aber nur, daß die Zulassung des hier fraglichen Einredebeweises legislativ von recht problematischem Werthe ist[10]. Dem Gegner bleibt eben nichts anderes übrig, als den Beweis zu führen, daß er nach Lage der Sache die ihm präjudizirende Kenntniß nicht haben konnte oder aber, daß er positiv von der Solvenz des Schuldners überzeugt war.

III. Einzelheiten.

§ 37.

1. Prozeßhandlungen sind auch hier von der größten Erheblichkeit. Namentlich um deswillen, weil, wie schon erwähnt, das Gesetz die Theilnahme des Kridars an dem anzufechtenden Akte nur in einzelnen Fällen, und auch dann nur als Gegenstand einer Einrede des Anfechtungsschuldners, für erheblich erklärt, und deshalb auch streng einseitige Prozeß- und Exekutionsakte der Anfechtung unterliegen. Den Hauptfall bilden hier natürlich die Pfändungen, die ein Gläubiger auf Grund eines Judikats oder eines Arrestbefehles erwirkt, und die ihm ein Pfandrecht gewähren, welches er im Sinne des Anfechtungsgesetzes nicht zu beanspruchen hat[1]. Gelingt es dem Gläubiger, das Zwangsverfahren gehörig zu betreiben und sich aus

---

[10] Dernburg II. 325[16]. Richtiger wäre es gewesen, die Auffälligkeit des Geschäftes bereits zum Klagfundament zu machen, oder mindestens dem Anfechtungsschuldner den bezüglichen Gegenbeweis nachzulassen, statt von ihm den Hauptbeweis für eine von ihm zu erhebende selbständige Einrede zu erfordern. Die Schroffheit des gegenwärtigen Gesetzes wird, wie oben S. 198 gezeigt, dadurch gemindert, daß man eine erhebliche Differenz zwischen der Leistung des Kridars und seiner Verbindlichkeit verlangt.

[1] Vgl. § 35 zu Note 30.

dem schließlichen Erlöse zu befriedigen, noch ehe der Konkurs eröffnet oder die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag ihm erweislich bekannt[2] geworden, so ist diese seine Befriedigung allerdings nicht anfechtbar, weil er auf diese selbstverständlich ein Recht hatte. Das mag auffallend erscheinen. Indeß ist das Rechtsverhältniß hier wenig anders, als in dem Falle, wo der Schuldner innerhalb der zehn Tage eine fällige Konkursforderung freiwillig sicherstellt und kurze Zeit darauf durch Einlösung der Pfänder voll befriedigt, eine Transaktion, bei der die Anfechtbarkeit des ersten Geschäftes gleichfalls sich durch den unanfechtbaren Abschluß des zweiten Geschäftes erledigt. Es ist eben die Eigenthümlichkeit einer jeden kasuistischen Gesetzgebung, daß sie in ihren Konsequenzen zu derartig auffallenden und prinzipiell vielfach unbegründeten Unterscheidungen führt.

Für Exekutionen, Judikate und Arreste, die in die zehn Tage vor der Zahlungseinstellung fallen, wird die Zulässigkeit der Anfechtung vielfach bestritten[3]. Denn der Kridar sei bei Handlungen dieser Art nicht thätig betheiligt und könne also mit denselben nicht die Begünstigung eines Gläubigers beabsichtigt haben, die bloße Aufdeckung des Sachverhalts enthalte also bereits den vollen Beweis für die dem Gegner nachgelassene Einrede seines guten Glaubens. Das ist nicht zutreffend. Als Betheiligung des Kridars bei der anzufechtenden Handlung muß es vielmehr genügen, wenn er ihre Vornahme nur wissentlich duldete, während er sie verhindern konnte. Nun kann aber der insolvente Schuldner die giltige Vornahme exekutorischer Akte gegen sein Vermögen sehr gut verhindern. Er braucht dazu nur den Antrag bei Gericht zu stellen, daß über sein Vermögen der Konkurs eröffnet oder ein vorläufiges Veräußerungsverbot gegen ihn erlassen werde: er braucht auch nur seine Zahlungen einzustellen und dies dem andringenden Gläubiger glaubhaft anzuzeigen. Wenn also auch feststeht, daß der anzufechtende Rechtsakt formell eine einseitige prozessualische Maßregel des Gläubigers gewesen ist, so folgt daraus noch nicht, daß der Schuldner diese Maßregel nicht gekannt hat oder daß er sie nicht verhindern konnte. Es bleibt also möglich, daß die Maßregel nur deshalb zu Stande gekommen ist, weil der Schuldner sie geduldet hat, um damit den andringenden Gläubiger zu begünstigen. Die Einrede des Gegners ist somit durch die formelle Einseitigkeit der Maßregel noch nicht bewiesen, bedarf vielmehr der Unterstützung noch durch andere Indizien.

2. Konkursgläubiger. Den Gegensatz zu denselben bilden zunächst die Aus- und Absonderungsberechtigten für den Bereich dieses ihres

---

2 Dies kann übrigens nur ganz ausnahmsweise der Fall sein. Vgl. oben § 34 Nr. 2.

3 So von Hullmann 143[13]. Auch Reichsgericht 3[399] geht zu weit, wenn es die Anfechtung ausschließt, sobald der Arrest „ohne irgend ein Zuthun" des Kridars zu Stande gekommen ist. Noch weiter geht Reichsgericht bei Gruchot 26[833].

Anspruchs. Ebenso alle Gläubiger, welche überhaupt nicht rein persönlichen Kredit gegeben haben, sei es daß sie Erfüllung Zug um Zug stipulirten, sei es daß sie eigenmächtig die ihnen obliegende Leistung zurückbehielten. Aus diesem Grunde ist eine Sicherstellung hier nicht anfechtbar, die der Begründung[4] der zu sichernden Forderung vorausgeht oder gleichzeitig[5] mit ihr oder endlich vor der Vollziehung der Gegenleistung des Gläubigers gewährt oder versprochen wird, und es bleibt nur die Sicherung einer älteren einseitigen kreditirten Forderung der Anfechtung unterworfen. Das Gleiche gilt aber auch von der Hingabe an Zahlungsstatt und der Zahlung vor Fälligkeit, und es gilt endlich auch von den präparatorischen Verträgen, welche die Befriedigung und Sicherung eines Gläubigers nur vorzubereiten bestimmt sind. Solange also ein Gläubiger seinerseits noch nicht erfüllt hat, kann er unangefochten die Fälligkeit der Leistung seines Schuldners im Einverständniß mit demselben zurückdatiren, kann den Inhalt dieser Leistung verändern, eine Geld- in eine Waarenschuld verwandeln und kann endlich auch ohne vorausgehende besondere Abrede verfrühte Zahlung und Leistungen an Erfüllungsstatt in Empfang nehmen[6].

Dagegen kommt es darauf nicht an, ob die Konkursforderung von vorneherein den Charakter eines einseitigen kreditirten Anspruchs hatte oder ob sie diesen Charakter erst durch die Vorleistung des Gläubigers bekam. Ebensowenig darauf, ob die Forderung bereits vor den kritischen zehn Tagen begründet war oder erst später entstand.

Konkursgläubiger ist auch derjenige, dem ein privilegirter Konkursanspruch zusteht. Erfolgt deshalb aus den Mitteln des Kridars auf eine Forderung dieser Kategorie eine Leistung, welche der Forderungsberechtigte „in der Art“ nicht beanspruchen konnte, so sind die Voraussetzungen der Anfechtung prima facie gegeben. Selbstverständlich steht aber dem Berechtigten der Nachweis offen, daß seine Forderung im Konkurse voll zur Hebung gekommen wäre, weil dadurch die Unschädlichkeit der angefochtenen Leistung den andern Gläubigern gegenüber dargethan wird. Uebrigens ist gerade der Umstand für die Masse von großem Werth, daß dieser Nachweis dem Anfechtungsgegner auferlegt ist, und er dadurch gezwungen wird, zunächst die Richtigkeit seiner Forderung darzuthun. Gerade bei einem Anspruche, wie dem der Kinder auf Rückgewähr ihres in die väterliche Ver-

---

[4] Anders, wenn die Hypothek bei Gelegenheit einer Zession ausgestellt und der neue Erwerber Forderung und Pfand gleichzeitig erhält. Nicht darauf kommt es an, wie vielfach angenommen wird, ob der Empfänger Konkursgläubiger war, als er die Sicherung empfing, sondern ob der gesicherte Anspruch damals bereits objektiv Konkursforderung war.

[5] R.O.H.G. 14^{72}. 19^{65}, Entsch. 59^{436}, Strieth. 66^{137}.

[6] Natürlich kann hier aber die Anfechtung aus § 23^{1} Satz 1, aus § 24. 25. Abhilfe schaffen.

waltung gekommenen Vermögens, ist diese Verschiebung der Beweislast von der allergrößten Bedeutung. Der Verwalter braucht also, auch wenn er zunächst die Zahlung des Kridars an seine Kinder nur deshalb anfechten will, weil er die Forderung nicht für zu Recht bestehend ansieht, keineswegs seinerseits zu beweisen, daß den Kindern die bezahlte Forderung überhaupt nicht zusteht.

3. Bei der Erfüllung vor Fälligkeit ist hauptsächlich die Bedeutung zu betonen, die den vorbereitenden Akten, welche die Fälligkeit einer Forderung zurückdatiren oder überhaupt erst begründen, zukommt. Namentlich Wechsel mit kurzer Umlaufzeit, die über eine schwebende, erst in längerer Frist fällige Verbindlichkeit ausgestellt werden, dienen diesem Zweck. Ebenso natürlich aber auch einseitige Kündigungsakte, die der Gläubiger oder der Schuldner kraft seiner gesetzlichen oder ihm vertragsmäßig eingeräumten Befugniß vornimmt. Die Anfechtbarkeit dieser Akte hängt nun, abgesehen davon, daß sie selber ebenso wie die sich ihnen anschließende Befriedigung des Gläubigers in die kritische Zeit fallen müssen, davon ab, daß der Gläubiger ihre Vornahme nicht beanspruchen konnte. Deshalb ist, wie bereits betont, die vom Gläubiger aus eigenem Rechte erklärte Kündigung nicht anfechtbar, und dasselbe gilt von der Kündigung, die der Schuldner erklärt, falls nur das Kündigungsrecht auch dem Gläubiger zustand. Dagegen versagt dieser Grund, wenn die Kündigung aus einem einseitigen Rechte des Schuldners erfolgt ist. Nur wird hier vielfach der dem Gegner zustehende Einredebeweis Abhilfe schaffen, und es wird gerade hier, wo der Gläubiger die ihm angebotene Erfüllung bei Vermeidung des Annahmeverzuges nicht zurückweisen darf, der Fall eintreten können, daß ihm weder die Ablehnung der Leistung des Kridars, noch ihre widerrufliche Annahme zugemuthet werden kann, daß also seine Kenntniß der Vermögenslage des Gemeinschuldners auf die Vornahme des angefochtenen Aktes ohne praktischen Einfluß ist, und somit die Anfechtung in Ermangelung einer ausreichenden Betheiligung des Gegners an der streitigen Handlung in Fortfall kommt[7].

Ob die Erfüllung mit oder ohne Abzug eines Diskonts erfolgt, ist gleichgiltig[8]. Denn die Verkürzung der Masse besteht nicht in dem Verlust des Zwischenzinses, sondern darin, daß der Leistung des Schuldners als Entgelt ein Forderungserlaß gegenübersteht, welcher für die Masse nicht in Höhe des Nominalbetrages der Forderung, sondern nur in Höhe der even-

---

[7] Vgl. § 19 Nr. 2. A schulde dem B unter zeitlich begrenzter Bürgschaft des C Werthpapiere, kündigt und gewährt sie zurück. Hier kann B die Annahme nicht ablehnen, weil ihn sonst die Gefahr einer Kursdifferenz trifft; er kann aber auch nicht annehmen, weil er dadurch die Haftung des C definitiv verliert.

[8] A. M. Korn 43. Massé 399. Richtig Rousseau 446, 54. Holtius 150.

tuell auf sie entfallenden Konkursquote von Vortheil ist. Deshalb ist namentlich auch das Diskontiren eines Wechsels [9], sofern es zwischen dem Wechselinhaber und einem Wechselschuldner erfolgt, anfechtbar.

4. Datio in solutum. Hat der Schuldner ein Recht, an Stelle des eigentlichen Schuldgegenstandes einen anderen zu leisten — und in der Praxis wird ein Recht dieser Art recht häufig eingeräumt —, so hat dennoch der Gläubiger dieses Surrogat des eigentlichen Schuldobjekts seinerseits nicht zu beanspruchen, und es fällt deshalb die Leistung desselben unzweifelhaft unter die hier behandelte Gruppe anfechtbarer Rechtshandlungen, sobald man den Wortlaut des Gesetzes entscheiden läßt. Dennoch würde dies zweifellos dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen, und es würde sich auch hier wiederholen, was wir oben bezüglich der Kündigung aus eignem Recht des Schuldners ausführten: dem Gläubiger wird weder die Ablehnung des schuldnerischen Angebots, noch auch die widerrufliche Annahme desselben zuzumuthen sein [10].

5. Sicherung einer fälligen Schuld. Die Fälligkeit einer Schuld giebt ein Recht auf Sicherstellung nicht, und auch das ist unrichtig, was die Motive andeuten, daß die Sicherung schlechthin gegen die Erfüllung ein Weniger darstelle, und also in dem Rechte auf Erfüllung auch das Recht auf Sicherung mit enthalten sei [11]. Deshalb ist prinzipiell die Anfechtbarkeit einer Hypothek, die für eine fällige Schuld bestellt wird, zweifellos zu bejahen. Allerdings liegt auf der Hand, daß der Schuldner eine fällige Zahlung leisten, demnächst aber die gleiche Summe sofort von neuem kreditirt erhalten kann, und daß dies letzte neue Kreditgeschäft unbedenklich mit einer Sicherheitsbestellung verbunden werden darf. Hierher gehört etwa, daß der Gläubiger mit einer fälligen ungesicherten Forderung eine Hypothek auf dem Grundstück des Schuldners „käuflich" erwirbt. Sobald dagegen die Parteien erweislich nichts als eine Prolongation der alten Schuld beabsichtigen, und insoweit die Sicherheitsleistung materiell sich auf die alte Schuld bezieht, greift die Anfechtung wiederum Platz [12]; und es ist nicht zu bezweifeln, daß, wenn die Parteien einmal die vorhergehende Rückzahlung der geschuldeten Summe unterlassen und die Begründung der neuen Schuld unmittelbar an die Quittung über die alte angeschlossen haben, meist die Absicht einer bloßen Prolongation des alten Schuldverhältnisses zu unterstellen sein wird.

---

[9] Delamarre et le Poitvin, Traité théorique et pratique de droit commerc. VI. 318. Reuz y Garcia codigo de comercio anotado zu Art. 1038. Die Frage war in Frankreich bestritten. Vgl. Dalloz, répert. 24 Nr. 286 und oben § 35 Note 14.

[10] Stieglitz 139. Otto 80 f.

[11] Vgl. oben § 28 Nr. 12.

[12] Strieth. 61⁸. Anders Seuff. 1392.

6. Recht auf Sicherung. Von den oben aufgeführten Rechten auf Sicherung wird nur die Befugniß des Mündels dem Vormunde gegenüber auf Bedenken stoßen. Denn das Mündel hat nach preußischem Recht einen eigentlichen Titel zum Pfandrecht nicht. Dies bedeutet aber nur, daß ihm nicht schlechthin und allgemein ein Anspruch auf Sicherung zustehen solle. Für besondere Fälle dagegen ist es bei dem Rechte des Mündels auf Sicherstellung geblieben, und nur das ist eigenthümlich, daß dieses Recht nicht seitens des gewöhnlichen Vertreters des Mündel, nämlich seitens eines Pflegers, der ad hoc zu bestellen wäre, sondern unmittelbar von dem Vormundschaftsgericht geltend gemacht wird. Dagegen hat das Mündel eine Sicherung, welche der Vormund ihm freiwillig ohne gerichtliche Aufforderung gewährt, nicht „in der Art" zu beanspruchen, und es ist also die Anfechtung einer derartigen Sicherstellung vom Standpunkt der Gratifikation aus zulässig.

7. Irrthum. Wenn dem Gläubiger die Differenz zwischen Schuld und Leistung unbekannt ist, und er namentlich aus entschuldbarem thatsächlichem Irrthum zur Zeit der Zahlung die getilgte Forderung für fällig hielt, so müßte sachgemäß die Anfechtung ausgeschlossen sein. Nach dem allgemeinen von uns oben entwickelten Prinzip [13] kann indeß ein Irrthum dieser Art für unser positives Recht nicht als erheblich angesehen werden.

Kapitel acht.

Der Anfechtung verwandte Fälle.

§ 38.

Trotzdem die Reichsgesetze das Anfechtungsrecht offenbar haben erschöpfend kodifiziren wollen, sind die Gläubiger eines insolventen Schuldners doch noch in einzelnen Fällen gegen eine Verkürzung ihrer Befriedigungsmittel geschützt, in welchen ihnen reichsrechtlich ein eigentliches Anfechtungsrecht nicht zusteht. Wir heben folgende Fälle hervor.

1. Deliktmäßige Haftung. Die Reichskonkursordnung hat die Gläubiger gegen Beeinträchtigungen verschiedenster Art durch Strafvorschriften in ihren §§ 209—213 geschützt. Es kann nun nicht zweifelhaft sein [1], daß das Reichsgesetz gleichzeitig mit der Aufstellung dieser zunächst nur

---

13 Vgl. oben § 14 zu Note 3.

1 Anders für Preußen die auffallende — übrigens nicht eingehend begründete Entsch. Reichsg. 4^{228}. Anders Reichsg. 8^{92}. Neuerdings erklärt R.G. 9^{146} die actio doli mit Rücksicht auf ihre Subsidiarität zum Schutz der hier in Frage stehenden Gläubigerinteressen für unzulässig, — im Resultat wohl mit Recht.

kriminellen Bestimmungen auch den Grundsatz des partikularen Privatrechts hat adoptiren wollen, daß, wer eine strafbare Handlung begeht, den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet ist.

Hierdurch wird nun erstlich der Schutz der Gläubiger gegen Benachtheiligungen seitens dritter Personen extensiv über den Rahmen des Anfechtungsrechts erheblich erweitert. Es wird nämlich erstlich auch gegen Handlungen faktischer Natur — etwa das Verstecken von Vermögensstücken — Abhilfe geschaffen. Es unterliegt diesem Rechtsmittel zweitens nicht blos, wer eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schuldners bekommen hat, sondern auch, wer nur in fremdem Interesse an der Strafthat theilnahm. Weiter ist eine Zahlung oder Sicherung, die der Gläubiger nicht in der Art zu fordern hatte, ungiltig, auch wenn sie länger als zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage vorgenommen worden ist, sobald nur der Kridar zur Zeit des begünstigenden Aktes bereits zahlungsunfähig war und dies ihm wie dem Gläubiger bekannt sein mußte. Es sind endlich selbständige dolose Operationen des Gegners ungiltig, auch wenn dem Gemeinschuldner selbst aller Dolus fehlte.

Aber auch in den Fällen, wo die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts an sich gegeben sind, gewährt die konkurrirende, auf die strafrechtlichen Vorschriften gestützte Ersatzpflicht des Gegners den Gläubigern intensiv eine Erweiterung ihrer Befugnisse. Denn diese Ersatzpflicht ist nicht blos restitutorischer Art, wie die Anfechtungsobligation, sie unterliegt nicht der kurzen einjährigen Verjährung u. s. f.

Die näheren Grundsätze über diese deliktartige Ersatzpflicht giebt das partikulare Recht, speziell für Preußen der sechste Titel ersten Theiles Landrechts. Hervorzuheben ist nur, daß im Sinne des Reichsgesetzes der Beschädigte nicht etwa der insolvente Schuldner, sondern die Gläubiger selbst sind, und Gegenstand der Ersatzpflicht derjenige Betrag ist, um welchen die Gläubiger durch die strafbare Handlung in ihrem Anspruch auf Vollbefriedigung geschädigt worden sind[2].

2. Einschränkung der Kompensation. Schon das eigentliche Anfechtungsrecht greift wirksam in das formelle Recht jedes Gläubigers ein, sich durch Zession seiner Forderung an einen Schuldner des Kridars oder durch Begründung einer eigenen Schuld diesem gegenüber im Wege

[2] Andrenfalls würden die Gläubiger ihren Ersatzanspruch aus der Person des Schuldners ableiten müssen, und er würde also regelmäßig fortfallen, sobald der Schuldner selbst an der Strafthat theilnahm. Daß übrigens eine an sich strafbare Handlung, durch welche die Erfüllung einer rein obligatorischen Verpflichtung dem Schuldner durch eine dritte nicht im Obligationsnexus stehende Person unmöglich gemacht wird, diesen Dritten dem Gläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig macht, darf nicht auffallen. Vgl. bereits l. 18 § 5 D. 4,3.

der Kompensation volle Befriedigung zu verschaffen. Namentlich diejenigen Arten der konkursmäßigen Anfechtung, bei denen eine Mitwirkung des Kridars nicht Bedingung und Voraussetzung ist, erweisen sich hier von Bedeutung. Trotzdem hat das Gesetz noch durch eine spezielle Vorschrift die Kompensation in dem weiteren Fall ausgeschlossen[3], daß Jemand, der vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner etwas schuldig war, eine Forderung an denselben freiwillig erwirbt, obschon ihm zur Zeit des Erwerbes die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners bekannt war[4].

Diese Vorschrift deckt sich, wie leicht ersichtlich, zum großen Theil mit der Anfechtung von Zahlungen — § 23¹, Satz 1 — und ist insofern ein spezieller Fall derselben, nur daß sie eben nicht als ein Fall der Anfechtung behandelt wird. Deshalb bleibt sie auch dann wirksam, wenn der Erwerbsakt nicht binnen der Verjährungszeit angefochten wird. Ebenso gewährt diese Vorschrift den Konkursgläubigern extensiv einen selbständigen Schutz, wenn die Begründung oder der Erwerb der Kompensationsforderung der Begründung der Gegenforderung des Kridars nachfolgt; denn ein Rechtsgeschäft dieser Art läßt sich nicht in die Gruppe der Akte einreihen, welche einem „Konkursgläubiger" Sicherung oder Befriedigung gewähren; ebenso fällt dieses Geschäft auch nicht nothwendig unter den ersten Satz des § 23¹ K.O., da es vielfach an der Mitwirkung des Gemeinschuldners fehlen wird. Noch wichtiger ist, daß diese Einschränkung der Kompensation sich nicht blos auf Konkursforderungen bezieht, sondern namentlich auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen vor beiderseitiger Erfüllung mit umfaßt[5].

3. Ersatzpflicht bei Zessionen an Ausländer. Wer in Kenntniß der kritischen Lage des Schuldners eine Forderung an diesen einem Ausländer abtritt, muß zur Masse denjenigen Betrag ersetzen, welcher derselben in Gemäßheit des bezüglichen ausländischen Rechtes durch eine dem inländischen Rechte nicht entsprechende Absonderungs- oder Kompensationsbefugniß des neuen Erwerbers entzogen wird[6]. Auch diese Vorschrift läßt eine gewisse Analogie mit der Anfechtung nicht verkennen, und insofern die

---

[3] R.K.O. § 48 Nr. 3. Die übrigen Beschränkungen der Kompensation gehören nicht hierher, weil sie Vorgänge nach der Konkurseröffnung betreffen.

[4] Oder der gegen den Schuldner gerichtete Eröffnungsantrag. Die Details, nach Analogie von § 23¹ R.K.O. geordnet, gehören nicht hierher, da hier eben kein Fall eigentlicher Anfechtung in Frage ist.

[5] Vgl. oben § 21 Nr. 2 c. Die Kompensation ist also selbst dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner des Kridars gerade mit Rücksicht auf die Sicherheit, die seine eigene Schuld ihm bietet, vor Fälligkeit derselben dem Kridar Kredit gewährt, obwohl doch ein Rechtsgeschäft dieser Art die Gläubiger regelmäßig nicht schädigen wird. Man wird vergeblich nach einer Rechtfertigung für diesen unbilligen Rechtssatz suchen.

[6] R.K.O. §§ 42. 49.

Zession an den Ausländer dem inländischen Gläubiger in Gestalt der Zessionsvaluta Befriedigung verschafft, würden sogar die Voraussetzungen der Anfechtung von Zahlungen — § 23[1] — gegeben sein. Dagegen weicht die Vorschrift insofern von den Grundsätzen des Anfechtungsrechts erheblich ab, als sie bei dem Ersatzpflichtigen von einer Zuwendung aus den Mitteln der Masse ganz absieht und ihn auch dann haftbar macht, wenn ihm Zessionsvaluta nicht gezahlt ist.

4. Begünstigung des stillen Gesellschafters. Anfechtbar sind gewisse Rechtsgeschäfte, die der Kridar innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung zur Begünstigung seines stillen Gesellschafters vornimmt[7]. Der Grund der besondern Berücksichtigung dieses Falles liegt in der Zwitterstellung des stillen Sozius, der einerseits nach außen hin den Gläubigern nicht haften soll, der aber andrerseits durch seine Theilnahme an Gewinn und Verlust des Geschäfts die Gläubiger des Geschäftsinhabers in andrer Weise zu beachten und zu respektiren hat, wie ein einfacher Darlehnsgeber. Es ist daher nur billig, wenn die mit ihm abgeschlossenen Verträge der Anfechtung in verschärfter Weise ausgesetzt werden[8].

a) Der stille Gesellschafter ist dem Geschäftsinhaber in doppelter Weise verpflichtet, einmal indem er eine baare Einlage macht, und zweitens, indem er an dem Geschäftsverlust in gewisser Weise partizipiren muß. Die Gläubiger haben demnach gleichfalls ein doppeltes Interesse: daß die Einlage in der Masse bleibt, und daß die Betheiligung des Sozius an dem Geschäftsverlust fortdauert. Für anfechtbar ist demgemäß die Rückgewähr der Einlage und der Erlaß des Verlustantheiles erklärt.

b) Der Grundgedanke des Gesetzes ist dabei offenbar der, daß das Rechtsverhältniß zwischen dem Kridar und dem Sozius nicht zum Nachtheil der Gläubiger solle geändert werden dürfen. Soweit also im einzelnen Falle das Rechtsgeschäft, welches die Gläubiger benachtheiligt, auf Grund des Gesellschaftsvertrages erfolgt ist, und der Sozius auf seine Vornahme ein Recht hat, muß das Anfechtungsrecht der Gläubiger fortfallen. Für einen einzelnen Fall, daß nämlich die Gesellschaft auf Grund des Sozietätsvertrages oder des Gesetzes aufgelöst wird und demnach Fälligkeit der Einlage eintritt, wird deren Rückgewähr auch ausdrücklich der Anfechtung entzogen. Sinngemäß muß aber das Gleiche gelten, wenn nach dem Gesellschaftsvertrage schon während des Bestehens der Sozietät ein Theil der Einlage zurückzuzahlen oder der Antheil an dem Geschäftsverlust herabzusetzen ist, und das streitige Rechtsgeschäft lediglich in Verfolg dieser Be-

---

[7] Art. 259 H.G.B. Einf.-Ges. z. R.K.O. § 3 Abs. 1.

[8] In der R.T.K. wurde die Nothwendigkeit bestritten, diesen Fall der Anfechtung beizubehalten. Vgl. die Erklärung der Abg. Goldschmidt und v. Bahl. Prot. 133.

stimmungen eine Rückzahlung oder einen Erlaß zu Gunsten des stillen Gesellschafters bewirkt.

Ob übrigens Bestimmungen dieser Art in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage festgesetzt sind oder auf Nachträgen zu demselben beruhen[9], ist unerheblich. Fallen diese Nachträge freilich in das kritische Jahr, so sind sie als vorbereitende Maßregeln zu dem eigentlich anfechtbaren Akte gleichfalls der Anfechtung unterworfen[10].

c) Rückzahlung der Einlage, Erlaß des Verlustantheils sind in weitestem Sinne zu nehmen. Namentlich fällt unter ersteren Begriff jede Rechtshandlung, welche dem stillen Sozius eine Befriedigung vor andern Konkursgläubigern zu gewähren bestimmt ist, also namentlich die Angabe an Zahlungsstatt, der Abschluß von Kreditgeschäften zum Zwecke der Kompensation, ebenso aber auch die Bestellung pfandweiser Sicherheit[11].

d) Hat der Konkurs in Umständen seinen Grund, welche erst nach dem Zeitpunkt des anzufechtenden Rechtsaktes[12] eingetreten sind, — und zwar hat der Gegner dies zu beweisen, — so fällt das Anfechtungsrecht der Gläubiger fort. Indeß genügt es nicht, wenn nur der äußere Anlaß zum Konkurse später eintrat: war also der Geschäftsinhaber schon zur Zeit des anfechtbaren Aktes nur bedingt solvent, blieb er also nur bei promptem Eingange seiner Aktiva, bei günstigem Geschäftsgang zahlungsfähig, und giebt sodann nach Vornahme des streitigen Rechtsakts irgend eine Zahlungsstockung auf Seiten eines Geschäftsschuldners oder der Niedergang der Konjekturen dem Geschäfte den letzten Stoß, so liegt jener gesetzliche Ausnahmefall nicht vor, sondern das Anfechtungsrecht der Geschäftsgläubiger bleibt anwendbar. Nur wenn ein selbständiger neuer Verlust, — etwa die Zahlungseinstellung eines Schuldners, dem erst nach Auflösung der Gesellschaft Kredit gewährt ist, die Kostspieligkeit eines erst später gegründeten Zweigetablissements, — zum Konkurse führt, bleibt die Anfechtung ausgeschlossen[13].

e) Neben der Anfechtung aus Art. 259 H.G.B. konkurrirt im gegebenen Falle auch die Anfechtung aus der R.K.O, und der Verwalter hat die Wahl zwischen beiden Rechtsmitteln[14].

---

[9] Dies ist der Gegensatz zu der Auflösung der Gesellschaft „durch Vereinbarung“, von der das Gesetz spricht.

[10] Hier wie sonst ist das Sachverhältniß ähnlich, wie bei der Anfechtung der Gratifikationen, § 23²; die längere Frist und die Verschiedenheit des Einredebeweises bilden den Hauptunterschied.

[11] R.O.H.G. 14⁹².

[12] „Oder nach Auflösung der Gesellschaft“, sagt das Gesetz. Das ist ungenau, da offenbar der Antheil an dem bereits entstandenen Verlust auch in diesem Falle nicht erlassen werden kann.

[13] R.O.H.G. 14⁹².

[14] Namentlich kommt auch hier die Anfechtung aus § 23² in Frage. Prot. 133.

Vierter Abschnitt.

Die Anfechtungsobligation.

Kapitel eins.

Der Anfechtungsakt.

§ 39.

Das Anfechtungsrecht hat zunächst den Zweck, welcher ihm auch seinen ersten Inhalt giebt, die rechtliche Wirkung gewisser Handlungen dem Berechtigten gegenüber aufzuheben. Und zwar liegt der Nachdruck auf dem Worte „aufheben", — im Gegensatz zu andern Formen der Ungiltigkeit, deren Bedeutung ist, daß einem Akte ipso jure ganz oder theilweise die Rechtswirkungen „fehlen". An diesem ersten formalen Gegensatze ist hier festzuhalten. Daß sich demnächst von einem andern Gesichtspunkte aus ein zweiter Unterschied gegen andere Formen der Ungiltigkeit herausstellt, — jenachdem diese schlechthin „Nichtigkeit" oder blos die obligatorische Verpflichtung zur Restitution zur Folge hat, hängt mit jenem ersten Gegensatz nicht weiter zusammen und bleibt daher zunächst außer Erörterung.

In diesem Sinne ist die Anfechtung also die Ausübung eines Rechtes zur Beseitigung rechtlicher Wirkungen. Sie drängt sich deshalb in einen bestimmten formellen Akt zusammen, dessen Bedeutung — rein negativ — darin besteht, der angefochtenen Handlung die durch sie hervorgebrachten Rechtswirkungen zu entziehen. Alle Vorgänge, die sich an diesen formellen Akt anschließen, — die Rückgewähr veräußerter Sachen, die Löschung eingetragener Hypotheken, die Kassirung ausgestellter Wechsel — sind nur die thatsächliche Durchführung der einmal erklärten Anfechtung und stellen insofern nur den sekundären Inhalt des Anfechtungsrechts dar.

Für den Anfechtungsakt schreibt das Gesetz eine Form nicht vor. Daraus folgt, daß das Gesetz sich die Ausübung der Anfechtung so denkt, wie die Ausübung eines Privatrechts sonst allgemein stattfindet, wenn es sich noch nicht um Herbeiführung eines thatsächlichen Zustandes, sondern nur — positiv oder negativ — um Herbeiführung rein rechtlicher Wirkungen handelt: in Form einer Willenserklärung. Die Analogie des Vorkaufs-, des Reurechts, des Rechts auf definitiven Eintritt in einen nur auf Probe geschlossenen Kauf ist entscheidend. In Form einer Willenserklärung; nicht also, wie manche Gesetze[1] es formuliren, und wie es auch dem Anscheine nach die Meinung der herrschenden Theorie[2] ist: in Form von Klage oder Einrede. In diesen beiden Prozeßakten kann die Willenserklärung bezüglich der Anfechtung enthalten sein; in der Regel sind beide aber nur die Form, in der die bereits vollzogene Anfechtung dem Widerspruche Dritter gegenüber zur thatsächlichen Durchführung gebracht werden soll. Diese Formen dagegen für wesentlich zu erklären, die außergerichtliche Anfechtung nur für eine Ankündigung der späteren eigentlichen Anfechtung im Prozesse, die gütliche Einigung der Interessenten über die Wiederherstellung des frühern Zustandes nur für ein Surrogat der Anfechtung zu halten, dazu giebt weder Sinn noch Wortlaut des Gesetzes eine Veranlassung[3].

Auch die Willenserklärung als solche bedarf einer besondern Form nicht, und kann deshalb mündlich und selbst indirekt und stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen. Abweichende partikularrechtliche Vorschriften finden also keine Anwendung. Dies entspricht dem Zuge der heutigen Gesetzgebung, welcher unverkennbar auf Befreiung der Parteierklärungen von bindenden Formvorschriften gerichtet ist; das ist durch das Stillschweigen des Gesetzes ausgedrückt, da wegen solcher rein positiven Formvorschriften eine bestimmte Bezugnahme auf das partikulare Recht nicht zu entbehren wäre; das folgt endlich daraus, daß das ein einheitliches Recht schaffende Gesetz in einem so wesentlichen Punkte die Verschiedenheiten des Landesrechts schwerlich hat bestehen lassen wollen. Indeß gilt diese Formlosigkeit doch nur für den eigentlichen, einseitigen Anfechtungsakt. Verträge und insbesondere Vergleiche über die Anfechtung, bei denen auch der Gegner betheiligt ist, treten außerhalb des Rahmens der Reichsgesetze, und es gilt deshalb für sie die landesrechtlich vorgeschriebene Form. Es kann aber, auch wenn diese nicht beachtet ist, in dem ungiltigen Vertrage immer noch der auf die

---

[1] So Pr. K.Ordn. § 110 und noch Entw. I § 27. Auch das jetzige Reichsanfechtungsgesetz § 5. 9 hat diesen Sprachgebrauch.

[2] So z. B. Jäckel 175, Hartmann S. 30.

[3] Der Anfechtungsakt als solcher ist in der Theorie bisher nicht beachtet. Welche Bedeutung seine Aussonderung hat, wird sich unten mehrfach zeigen. Vgl. z. B. § 42 zu Note 7. § 65 zu Note 17.

Anfechtung gerichtete Wille des Berechtigten und zwar ein Wille, der von dem Zustandekommen des Vertrages unabhängig ist, erkennbar ausgedrückt sein; alsdann ist die Anfechtung selber zu Recht erfolgt.

Einer Motivirung der Anfechtung, einer Angabe des rechtlichen Gesichtspunkts, aus dem die Anfechtung erfolgt, bedarf es nicht und auch die Angabe eines falschen Grundes schadet nichts, wenn nur die Identität des anzufechtenden Rechtsaktes nicht zweifelhaft ist[4]. Dagegen muß erkennbar sein, daß die „Anfechtung" in dem hier behandelten Sinne, also aus dem Rechte der von ihrem Schuldner nicht befriedigten Gläubiger erklärt werden soll, und einfaches Bestreiten des anzufechtenden Rechtsgeschäftes genügt deshalb nicht.

Die einmal erklärte Anfechtung kann nicht widerrufen werden[5], denn das Gesetz gedenkt einer Annahme der Anfechtung seitens des Gegners nicht und will deshalb schwerlich die Unwiderruflichkeit der Anfechtungserklärung von solcher Annahme abhängig machen. Vielmehr ist das Gesetz erkennbar bestrebt, die Unsicherheit des Verkehrs, die nun einmal mit der Anfechtung untrennbar verbunden ist, möglichst einzuschränken, und dem entspricht es, daß der Gegner wenigstens genau weiß, woran er ist, und nicht durch die Rücknahme der Anfechtung seine Rechtslage aufs neue unsicher gemacht wird.

Aus gleichem Grunde ist eine Erklärung der Anfechtung, welche nur unter einer Bedingung erfolgt, unwirksam.

Kapitel zwei.

Der Anfechtungsprozeß.

§ 40.

1. Prozeßart[1]. Der Anfechtungsprozeß dient dazu, die einmal erklärte Anfechtung zur thatsächlichen Durchführung zu bringen. Daß hie und da die Anfechtung, wie bereits erwähnt, im Laufe des Prozesses überhaupt erst erklärt wird, steht dem nicht entgegen, weil ja auch sonst in Form einer Prozeßhandlung private Willenserklärungen — z. B. in Form der Klage eine Kündigung — ausgesprochen werden können. Alsdann wird freilich die Unterlage und ein für das Resultat des Prozesses entscheidendes that-

---

[4] Vgl. unten § 40 Nr. 3.

[5] Dieser Satz verliert dadurch erheblich an Bedeutung, daß die Anfechtung nach den Vorschriften des Gesetzes fast nur einseitige Rechte für die Masse hervorbringt, und ein einseitiger Verzicht auf diese Rechte nicht für ausgeschlossen erachtet werden kann. Vgl. § 65 Nr. 1.

[1] Berechnung des Objekts wie bei Interventionsklagen; R.G. 7^{393}.

sächliches Moment erst nach Beginn dieses selben Prozesses geschaffen; allein das Gesetz erklärt dies nicht für unzulässig, sieht vielmehr in seinen Kostenbestimmungen eine ausreichende Kautel gegen allen Mißbrauch, den jene Möglichkeit offenbar zuläßt.

Mag er nun den Akt der Anfechtung selber enthalten oder ihn nur weiter verfolgen, der Anfechtungsprozeß unterliegt lediglich den allgemeinen Regeln und Formen der Zivilprozeßordnung. Deshalb findet gleichmäßig die Form der Klage, der Einrede, der Widerklage auf die Anfechtung Anwendung. Sie kann weiter in jedem Stadium des Prozesses, insbesondere also auch in zweiter Instanz geltend gemacht werden, sobald überhaupt noch neue Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zuzulassen sind. Sie kann endlich, soweit sie nur auf die thatsächliche Restitution, etwa eines aus K.O. § 25[1] angefochtenen Geschenkes geht, auch gegebenen Falles in den besondern Formen des Urkundenprozesses oder des Mahnverfahrens[2] zur Geltung kommen.

2. Klagebegründung. Die Anfechtungsklage, — und ihr steht insoweit Widerklage und Einrede[3] gleich, — kann zunächst auf die Anfechtung als solche, d. h. auf die Handlung, welche der Anfechtung unterworfen werden soll, und die speziellen Eigenschaften derselben, welche die Anfechtung bedingen, gestützt werden. Sobald freilich der Klageantrag nicht blos auf ein Präjudiz, sondern auf eine thatsächliche Leistung des Gegners geht, ist auch der Rechtszustand vor der Anfechtung als das Objekt der Rückgewähr speziell zu diskutiren; aber auch in diesem Falle bleibt die Anfechtung als solche Klagegrund, weil aus dem früheren Rechtszustand für sich eine klagbare Forderung auf Rückgewähr noch nicht zu folgen braucht.

Andrerseits kann aber — mit Ausnahme von Fällen dieser letztgedachten Art — die Klage ausschließlich auf jenen ältern Rechtszustand als solchen, also auf die ursprünglichen Befugnisse des Schuldners gegründet werden, derart, daß die Anfechtung so lange unerwähnt und unerörtert bleibt, bis der Gegner seinerseits sich auf die anfechtbare Handlung berufen hat. Vielfach ist die Berufung auf die Anfechtung sogar ächte Replik im materiellrechtlichen Sinne, wenn z. B. der Verwalter die Waaren des Kridars auf Grund des Eigenthums zurückverlangt, der Gegner Verpfändung derselben einwendet und der Verwalter nunmehr aus § 23[1] K.O. die Verpfändung für anfechtbar erklärt. In Fällen dieser Art ist es selbstverständlich, daß die Anfechtung auch prozessualisch als Replik benutzt wird. Aber auch in

---

[2] Auch außerhalb des Konkurses. A. M. Jäckel S. 130[6], weil die Zahlung hier nicht eigentlich an den Kläger erfolgt. Das verlangt aber Z.P.O. § 628 gar nicht. Vgl. noch unten S. 266[3].

[3] Die Zulässigkeit einer Einrede ist aber nicht unbedenklich. Vgl. S. 236 Anmerkung 17a.

andern Fällen ist diese Methode zweckmäßig, und der Verwalter wird also zunächst aus dem Eigenthum, dem Depositum, dem Pachtvertrage klagen, wenn auch ein Verkauf oder sonst eine vollständige Veräußerung die bezüglichen Rechte des Kridars aufgehoben hat, und erst auf dem Wege der Anfechtung ein Anspruch der Masse auf Rückgewähr wieder zu beschaffen ist. Zweckmäßig, weil der Verwalter die anfechtbare Handlung oft in ihren Details erst durch den Vortrag des Gegners erfährt, sie also gar nicht wirksam antizipiren kann, und weiter, weil eine Antizipation der Anfechtung vielfach die Frage nach der Beweislast bezüglich des anfechtbaren Aktes verdunkeln muß.

Man hat dies Verfahren theilweise für eine unzulässige Klageänderung erklärt[4]. Mit Unrecht; denn man erwäge nur den Fall, daß die anzufechtende Handlung dem Verwalter vollständig unbekannt geblieben ist, bis sie ihm als Einrede entgegentritt; hier den Verwalter zu nöthigen, die Klage zurückzunehmen und aus dem Grunde der Anfechtung neu zu klagen, wäre in der That ein unbegreiflicher Formalismus, so unbegreiflich, daß schon um deswillen dem Sinne der modernen Prozeßgesetzgebung entsprechend eine Klageänderung, wie sie hier in Frage ist, nicht als unzulässig erklärt werden kann. Man halte vielmehr fest, daß eine Klageänderung nur dann unzulässig ist, wenn sie den Klagegrund, d. h. den dem Klagebegehren zu Grunde liegenden Anspruch in seiner individuellen Gestalt ändert, und weiter, daß ein Anspruch seine Individualität nicht immer in den gleichgiltigen Thatsachen und Rechtsgründen findet, auf welche die Parteien ihn zufällig stützen, aus denen sie ihn abzuleiten suchen, sondern auch in seinem Inhalt, seinem Gegenstande[5]. Gerade aber für den Anfechtungsprozeß läßt sich der Inhalt des geltend gemachten Anspruchs individuell einfach erkennen: er ist auf die Rückgewähr einer Vermögensminderung gerichtet, und es ist also, soweit der Klageanspruch eine und dieselbe identische Vermögensentziehung wieder beseitigen will, trotz der wechselnden thatsächlichen oder rechtlichen Begründung des Anspruchs seine Identität gewahrt, und der Klagegrund nicht geändert. Mag also auch der Klageanspruch zunächst auf Grund eines Versprechens des Gegners oder auf Grund eines dinglichen Rechts die Rückgewähr des Entzogenen verlangen, er bleibt derselbe, wenn er auch in Folge des gegnerischen Vorbringens völlig abweichend auf die Anfechtungsobligation gestützt werden muß. Diese Aenderung ist somit, wie sie in vielen Fällen praktisch gar nicht zu vermeiden ist, auch gesetzlich zulässig.

---

[4] Sarwey 152, Grützmann 221. Dagegen stimmen mit uns überein Stieglitz 129, Wilmowski 150, Hullmann 135[2], Otto 162, Völderndorff I. 341[15].

[5] Die Frage ist außerordentlich zweifelhaft, wenn schon die Unrichtigkeit der von den Motiven gegebenen Definition des „Klagegrundes" zweifellos ist. Unsere Auffassung folgt im Wesentlichen der Ansicht von Wach, Vorträge S. 15 und Eccius 50 u. bei Gruchot 25[160]. A. M. namentlich Dernburg I. S. 280[11].

3. Klageänderung. Die Lösung des eben angeregten Zweifels erledigt ohne Weiteres eine zweite ganz ähnliche Frage. Es ist nämlich unbedenklich, im Laufe des Prozesses auch den Grund der Anfechtung zu ändern, gleichgiltig, ob die Klage von vorneherein oder erst in der Replik auf die Anfechtung gegründet ist[6]. Eine Zahlung auf Schuld, die zunächst angefochten wird, weil der Empfänger die Zahlungseinstellung des Schuldners gekannt hat — K.O. § 23[1] —, kann in demselben Prozeß nachträglich auch deshalb zurückverlangt werden, weil der Empfänger gar keine Forderung hatte — § 24[1]. 25[1] —. Ebenso ist auch, wenn die Konkurseröffnung in einen anhängigen Anfechtungsprozeß eingreift und der Verwalter sich zur Aufnahme desselben entschließt, die nachträgliche Bezugnahme auf einen Fall rein konkursmäßiger Anfechtung nicht ausgeschlossen[7]. Dagegen kann die Individualität des Anfechtungsanspruches auch in dieser Beziehung nicht geändert werden. Wenn z. B. der Kridar kurz vor der Zahlungseinstellung einer bestimmten Person fünfhundert Mark auf eine fällige Schuld und einige Tage später eine gleich hohe Summe als Geschenk gegeben hat und der nur halb unterrichtete Verwalter lediglich die Zahlung der ersten fünfhundert Mark ansicht — etwa weil er die Existenz der Schuld bezweifelt und die Zahlung für eine verschleierte Schenkung hält —, so kann er trotz der äußeren Gleichheit des Anspruches nicht nachträglich auf die wirklich geschenkten fünfhundert Mark zurückgreifen, sondern muß wegen derselben neu klagen.

4. Präjudizialklage. Die konkursmäßige Anfechtungsklage kann zunächst ein bloßes Präjudiz, die Erklärung des Richters, daß der angefochtene Rechtsakt unwirksam sei, verlangen, sie kann aber auch sofort die thatsächliche Erfüllung der Verbindlichkeiten fordern, welche die Anfechtung dem Gegner auferlegt; sie kann endlich beide Intentionen verbinden. Der gewöhnliche Ausdruck dafür ist, daß die Anfechtungsklage sowohl zu einem judicium rescindens, wie zu einem judicium rescissorium, wie endlich zu einer Verbindung beider führen kann[8]. Nur ist stets festzuhalten, daß die Bezeichnung: judicium rescindens insofern nicht zutreffend ist, als schon die einfache außergerichtliche Erklärung der Anfechtung die volle der letzteren zukommende Wirkung ausübt, und Prozeß wie Urtheil lediglich darauf beschränkt sind, diese Wirkung zu konstatiren und sie thatsächlich

---

[6] So Eccius bei Gruchot 25[160], A. M. Wilmowski zu § 29 Anm. 2, Jäckel 117[24]. Vgl. Entsch. 43[158].

[7] Z. B. wird eine Hingabe an Zahlungsstatt, die der Einzelgläubiger in sehr schwieriger Weise aus A.G. § 3 Nr. 1. 2 anzufechten versuchte, nunmehr der Prüfung aus K.O. § 23[2] unterzogen. A. M. Wilmowski zu § 29 Anm. 2a.

[8] Mot. 112, Sarwey 127, Hullmann 135[2], Otto 162. Die praktische Bedeutung der Präjudizialklage besteht namentlich darin, daß sie auch für die unbekannten Konkursgläubiger wirksam ist. Vgl. oben § 10 zu Anfang.

durchzuführen [9]. Auch ist es nicht korrekt, der Anfechtung, welche den Gegner nur zur Rückgewähr einer ihm zu Theil gewordenen Zuwendung verpflichtet, überhaupt „rescindirende“ Kraft zuzuschreiben. Im Gegensatz dazu muß die Anfechtungsklage außerhalb des Konkurses sich stets auf ein „judicium rescissorium“ richten, d. h. bestimmt angeben, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll [10]. Zweck dieses singulären Verbotes einer rein präjudiziellen Anfechtungsklage ist, eine Häufung der Prozesse zu vermeiden [11]. Deshalb muß jedenfalls eine nachträgliche Ergänzung der ursprünglich unbestimmt gefaßten Klage zugelassen werden; auch ist eine derartige Bestimmtheit des Klagantrages zu fordern, daß daraus die sofortige Zwangsvollstreckung erfolgen kann, ein Nachprozeß also wirklich vermieden wird. Seinen Anfechtungsanspruch in mehreren Theilprozessen einzuklagen ist dagegen dem Gläubiger unverwehrt.

5. Sicherungsmittel [12]. Der Anfechtungsanspruch kann sich stets in eine Geldforderung verwandeln, betrifft in vielen Fällen aber zunächst und in erster Linie keine Leistung von Geld und Fungibilien, sondern eine Individualleistung. Deshalb ist zu seiner vorläufigen Sicherung gegebenen Falles stets ein Arrest, meistens aber auch eine einstweilige Verfügung zulässig. An sich gelten nun für beide die allgemeinen Vorschriften, und namentlich ist der Anfechtungsanspruch zuvor ganz wie gewöhnlich glaubhaft zu machen oder an dessen Statt Kaution zu leisten. Dagegen ist die Gefährdung namentlich des konkursmäßigen Anfechtungsanspruches auch ohne besondere Bescheinigung als dargethan zu erachten. Das liegt in der Natur des Konkurses. Der Verwalter muß sich erst informiren, ehe er sich zum Prozesse entschließt und kann doch während der Zeit der Information den vorläufigen Schutz nicht entbehren. Der Verwalter hat ein ganz anderes Interesse an der schleunigen Prozeßerledigung wie ein gewöhnlicher Gläubiger und kann sich deshalb noch weniger wie dieser, nachdem er einen ersten Prozeß gewonnen, mit einem neuen Erwerber des Streitgegenstandes über die Voraussetzungen des § 33 R.K.O. und der §§ 236. 238 Z.P.O. in einen neuen Prozeß einlassen. Dazu kommt die kurze Verjährung der Anfechtung, welche ihre Durchführung gegen Rechtsnachfolger vielfach ganz unmöglich macht, und die besondere Natur des Anfechtungsrechtes, welches bei dem Gegner zumeist die Neigung voraussetzen läßt, den Sachverhalt zu verdunkeln und das Streitobjekt zu beseitigen [13].

---

[9] So zutreffend Mandry I. Auflage 385.

[10] A.G. § 9 nach dem Vorgange von Preußen A.G. 55 § 14.

[11] Mot. S. 25. Derselbe Grund würde freilich zu einer Einschränkung aller Präjudizialklagen führen.

[12] Ueber das Folgende sehr ausführlich Jäckel 186 flg.

[13] Namentlich ist auch die Eintragung einer Vormerkung zulässig. Vgl. Jäckel 191.

Der Anspruch auf Sicherung setzt zunächst die Existenz des zu sichernden Rechtes, d. h. die wirksam vollzogene Anfechtungserklärung voraus. Zweifelhaft kann deshalb sein, ob ein Gläubiger, dessen Forderung noch nicht fällig oder vollstreckbar ist, Sicherung verlangen darf. Wir bejahen die Frage. Denn das Recht des Gläubigers, zur Beschaffung des vollstreckbaren Titels, auf den er sich einredeweise stützen will, Aussetzung des Prozesses zu verlangen, ergiebt klar, daß dieser Titel nur die Ausübung des Anfechtungsrechts, nicht aber dessen Existenz bedingt. Ein gleiches Resultat ergiebt sich für die Fälligkeit der Hauptforderung aus dem Rechte der Androhung der Anfechtung, welches unabhängig von jener Fälligkeit besteht. Praktisch wird überdies gerade, wenn eine solche Ankündigung stattgefunden hat, der Gegner also gewarnt ist, vielfach eine Sicherung absolut nicht zu entbehren sein [14].

6. Der Gerichtsstand für den Anfechtungsprozeß ist der gewöhnliche. Die Fora des Wohnsitzes des Beklagten, des Vertrags [15], der Konkursforderung, der Zwangsvollstreckung geben die häufigsten Fälle ab. Dagegen darf nicht in dem sog. forum delicti commissi geklagt werden. Für uns, die wir die Dolustheorie verwerfen, versteht sich dies von selbst. Aber auch vom Standpunkt der Dolustheorie läßt sich nicht sagen, daß der besondere Gerichtsstand, welchen das Gesetz bezüglich unerlaubter Handlungen aufgestellt, ohne Weiteres auch auf anfechtbare Handlungen zu übertragen sei [16]. Endlich ist auch der Gerichtsstand der belegenen Sache [16a] für Anfechtungsklagen nicht gegeben [17].

7. Der Beweis im Anfechtungsprozeß, soweit nicht einzelne bindende Rechtsgrundsätze bezüglich der Beweislast in Frage kommen, unterliegt den allgemeinen Normen der Zivilprozeßordnung. Die besondere Freiheit der Beweiswürdigung, welche nach älteren Gesetzen für den Anfechtungsprozeß zugestanden wurde [18], ist gegenwärtig antiquirt.

---

[14] A. M. Wilmowski zu A.G. § 2 Note 2. Hartmann Note 6 zu § 1 hält nur die einstweilige Verfügung, nicht den Arrest für zulässig. Mit uns stimmt überein Jäckel 252[1].

[15] A. M. Jäckel 185 auf Grund der Annahme, daß R.Z.P. § 29 sich nur auf die Klage unter den Kontrahenten beziehe.

[16] Vgl. R.O.H.G. 25[3]. So auch Jäckel 185. Anders Wilmowski 152. Otto 231.

[16a] Anders Strieth. 59[257] und Jäckel 185. Der von diesem angezogene § 27 Z.P.O. paßt aber nicht, weil die Anfechtungsklage niemals gegen den Besitzer eines Immobile als solchen geht.

[17] Nach der Theorie des Obertribunals müßte nur der Gerichtsstand der Zwangsvollstreckung kompetent sein — vgl. oben § 7[4] —; diese Konsequenz hat aber bereits Strieth. 75[11] abgelehnt.

[18] Z. B. Preuß. A.G. § 17.

8. Vorbehalt im Anfechtungsurtheil. Ist bei der nichtkonkursmäßigen Anfechtung die Grundforderung des Gläubigers nur durch einen vorläufig vollstreckbaren Titel oder nur unter Vorbehalt für begründet erklärt, so steht die Aktivlegitimation des Anfechtungsberechtigten noch nicht endgiltig fest, und es kann deshalb auch in dem Prozesse, in welchem das Anfechtungsrecht zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, dasselbe noch nicht definitiv für begründet erklärt werden. Andrerseits kann der Anfechtungsprozeß aber nur ausnahmsweise sistirt werden[19], bis die Grundforderung zur endgiltigen Feststellung gelangt. Das Urtheil im Anfechtungsprozeß darf deshalb in einem Falle dieser Art nur dann unbedingt gefaßt werden, wenn es die Anfechtung als unbegründet verwirft; das Urtheil dagegen, welches die Anfechtung für begründet erklärt, darf nur bedingt lauten[20]. Es muß also bei der Anfechtung mittels Klage der Gegner nach dem Antrage des Gläubigers verurtheilt, für den Fall aber, daß das Vorerkenntniß demnächst zum Nachtheil des Gläubigers abgeändert werden sollte, die Anfechtungsklage ganz oder theilweise abgewiesen werden. Ebenso ist bei der Anfechtung mittels Einrede die vom Gegner erhobene Klage abzuweisen, bez. unter der obenbezeichneten Bedingung der beklagte Anfechtungsgläubiger nach dem gegnerischen Antrage zu verurtheilen. Diese bedingte Fassung ist in beiden Fällen vom Gericht ex officio festzustellen. Die Entscheidung ist bei dieser Fassung nicht vollstreckbar, erhält vielmehr die Vollstreckungsklausel erst auf Anordnung des Gerichtsvorsitzenden[21]. Hat das Gericht die bedingte Fassung der Entscheidung verabsäumt, so ist dagegen nur das ordentliche Rechtsmittel der Berufung, bez. der Revision zulässig.

Wird das Erkenntniß, welches die Grundforderung feststellt, später durch ein außerordentliches Rechtsmittel beseitigt, so hat dies auf die rechtskräftige Entscheidung des Anfechtungsprozesses keinen Einfluß[22].

---

[19] Gegen den Antrag des Gläubigers wohl überhaupt nicht, da die Befugniß des Gerichts aus Z.P.O. § 139 unmöglich dazu verwendet werden kann, das dem Gläubiger auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Titels prima facie zustehende Anfechtungsrecht illusorisch zu machen. A. M. Jäckel 196, Hartmann zu § 10 A.G.

[20] A.G. § 10 sagt nur, die Vollstreckung des Urtheils, welches die Anfechtung für begründet erkläre, sei davon abhängig zu machen, daß die Vorentscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos werde. Hiernach wäre also anscheinend die bedingte Abweisung der Anfechtungsklage nicht auszusprechen und bei der Anfechtung durch Einrede die Möglichkeit einer Abänderung der Vorentscheidung gar nicht zu berücksichtigen. Diese Wortinterpretation, zu der Jäckel 196 neigt, ist indeß wohl nicht zutreffend, weil doch mindestens die Entscheidung über die Kosten des Anfechtungsprozesses auch für den Fall der Aufhebung des Vorerkenntnisses positiv gefaßt sein muß, und deshalb eine ausdehnende Interpretation des Gesetzes unumgänglich ist.

[21] Z.P.O. § 664. 666.

[22] Arg. a contr. aus Z.P.O. § 543[6], wo nur der Abänderung eines strafgerichtlichen Erkenntnisses Einfluß auf ein darauf gegründetes zivilrechtliches Urtheil zugeschrieben wird.

Kapitel drei.

Der Anfechtungsberechtigte.

I. Außerhalb des Konkurses.

§ 41.

1. Allgemeines. Außerhalb des Konkurses ergiebt sich die Person des Anfechtungsberechtigten durch die enge subjektive Begrenzung der Anfechtungsbefugniß von selbst. Die Anfechtungsbefugniß ist danach als ein Zubehör der Hauptforderung aufzufassen und steht dem jeweilig aus dieser Forderung berechtigten Gläubiger zu. Namentlich kann ein neuer Erwerber der Forderung die Anfechtung, die sein Rechtsvorgänger bereits erklärt hat, auch ohne besondere Zession für sich geltend machen und kann sich auch auf eine von letzterem vorgenommene Ankündigung der Anfechtung zur Wahrung der gesetzlichen Fristen berufen[1]. Umgekehrt ist eine Zession des Anfechtungsrechts unabhängig, von der Hauptforderung unzulässig[2].

2. Mehrheit der Gläubiger. Der anfechtbare Akt wird der Regel nach die Verkürzung einer Mehrheit von Gläubigern[3] bewirken. Diese können alsdann gemeinsam, es kann aber auch jeder von ihnen selbständig für sich die Anfechtung geltend machen[4]. In beiden Fällen besteht eine Rechtsgemeinschaft zwischen ihnen nicht. Vielmehr liegt der auch dem römischen Recht bekannte[5] Fall einer solidarischen Berechtigung mehrerer Gläubiger vor, und es treten diejenigen Grundsätze ein, welche das bürgerliche Recht für eine Solidarobligation dieser Art entwickelt hat.

Danach mindert nach preußischem und nach gemeinem Recht jede Leistung des Anfechtungsgegners, welche in Erfüllung auch nur eines Anfechtungsanspruchs erfolgt, seine Gesammtschuld um den vollen Werth der Leistung, und es wird also der Umfang der konkurrirenden Anfechtungsansprüche direkt herabgesetzt, sobald der Ueberrest der noch in obligatione verbleibenden Leistung des Gegners dieselben nicht mehr vollständig deckt. Selbstverständlich steht weiter der wirklichen Erfüllung die Hinterlegung,

---

1 Jäckel 165.

2 Vgl. unten § 52 Nr. 2.

3 Die weitläufige Auseinandersetzung der Motive S. 22 klärt dies schwierige Verhältniß wenig auf.

4 Z.P.O. § 56. 57. Eine Verbindung solcher Prozesse von Amtswegen — Z.P.O. § 138 — wird selten zweckmäßig sein.

5 Si quis a multis conveniatur ex noxa ejusdem servi l. 14 pr. D. 9,4, — von dem Fall einer aktiven Korrealobligation natürlich wohl zu unterscheiden.

ebenso aber auch eine Hingabe an Zahlungsstatt gleich[6]; der Gegner ist also namentlich auch dann befreit, wenn er das Anfechtungsobjekt an den Gläubiger direkt herausgiebt, statt es blos zur Zwangsvollstreckung zu stellen[7]. Daraus folgt aber weiter, daß auch die Konstituirung einer neuen Verpflichtung des Anfechtungsgegners an Stelle der alten, also eine Novation[8] des einzelnen Anfechtungsanspruchs den Gegner auch den anderen Gläubigern gegenüber befreit, daß weiter auch ein Vergleich, ein Erlaß dieselbe Wirkung haben muß, soweit dabei nicht erkennbar die Fortdauer der konkurrirenden Anfechtungsansprüche vorbehalten ist. Endlich steht auch ein Erkenntniß, welches einen einzelnen Anfechtungsanspruch rechtskräftig verneint, den andern Gläubigern entgegen, soweit die Gründe der Anfechtung nicht blos auf speziellen dem einzelnen streitigen Anspruch allein eigenthümlichen Umständen beruhen. Und zwar wird die Gesammtverbindlichkeit des Anfechtungsschuldners in allen diesen Fällen um den vollen Werth des aufgehobenen Einzelanspruchs vermindert, selbst wenn letzterer von dem Gegner niemals in voller Höhe anerkannt ist[9].

---

[6] Denn A.G. § 13 Abs. 3 geht davon aus, daß eine „Befriedigung" — nicht blos die „Erfüllung" — des Einzelanspruchs an sich giltig ist. Vgl. unten Anm. 8. 9 i. f.

[7] A. M. Eccius I. 620.

[8] Denn A.G. § 13 Abs. 3 schreibt auch einer „Sicherung" des Einzelanspruchs zunächst konsumirende Kraft gegenüber den konkurrirenden Anfechtungsansprüchen zu, weil es sonst nicht ausdrücklich eine besondere Anfechtung dieser Sicherung zulassen würde. Dann muß aber eine Novation sicher die gleiche Wirkung haben. Vgl. Anm. 9. 11. Uebereinstimmend A.L.R. I. 16 § 460 und für die eigentliche Korrealobligation auch l. 31 § 1 D. 46,2.

[9] Windscheid § 298 läßt nur durch Erfüllung oder ein Surrogat derselben, — nicht auch durch Erlaß, Vergleich, Urtheil — die Ansprüche der andern Gläubiger konsumirt werden. Schwerlich konsequent. Entweder fasse man das Recht des Einzelgläubigers als volle Dispositionsbefugniß über den Schuldgegenstand, und dann kommt man zu dem von uns vorgetragenen Ergebniß, oder man beschränke seinen Anspruch auf den unmittelbaren Inhalt der Obligation, und dann gebe man ihm auch das Recht nicht, durch willkürliche Annahme eines Erfüllungssurrogats die konkurrirenden Ansprüche der Mitgläubiger zu beseitigen. Daß aber die erstere Auffassung nach Reichsrecht den Vorzug verdient, ergeben die positiven Sätze der Anm. 6. 8. Namentlich würde die Sicherung des Einzelanspruchs selbst nach Windscheid's vermittelnder Ansicht die Rechte der andern Gläubiger nicht aufheben, vielmehr würde umgekehrt durch nachträgliche Erfüllung eines der letzteren der sichergestellte Anspruch aufgehoben und seine Sicherstellung somit je nach dem Sinn der Abrede entweder gegenstandslos sein oder zu einer Doppelzahlung führen. Ebenso würde eine datio in solutum an einen Gläubiger durch eine spätere Zahlung an einen andern entkräftet werden können. Diese beiden Sätze entsprechen aber eben dem Reichsrecht nicht. Vgl. Anm. 6. 8.

Dagegen läßt sich ein Recht des Einzelgläubigers, sich vor den andern Gläubigern ohne Einverständniß des Gegners durch einseitige Handlungen einen Vorrang zu verschaffen und etwa durch Erhebung der Klage den Anfechtungsanspruch in seiner Person zu konzentriren, nicht anerkennen[10]. Selbst die rechtskräftige Entscheidung des Anfechtungsprozesses zu seinen Gunsten[11] konsumirt bei nachträglicher Konkurseröffnung das Anfechtungsrecht der Masse nach positiver Bestimmung des Reichsrechts nicht[12], ist also auch außerhalb des Konkurses den Ansprüchen der anderweiten Anfechtungsgläubiger nicht nachtheilig. Vielmehr wird der Einzelgläubiger erst durch eine Pfändung, die auf Grund seines Anfechtungsanspruchs erfolgt, vor der bis dahin gleichberechtigten Konkurrenz der andern Gläubiger gesichert[13].

Natürlich darf ein Gläubiger der Einrede, sein Anfechtungsrecht sei auf Grund einer Verhandlung mit einem konkurrirenden Anfechtungsgläubiger erloschen, die Replik der Simulation und der Kollusion entgegenstellen und kann unter Umständen die Befreiung des Anfechtungsgegners von seiner Verpflichtung auch durch selbständige Anfechtung entkräften. Vor allem steht ihm aber das Recht zu, den angeblichen Anfechtungsanspruch des konkurrirenden Gläubigers zu verneinen und den Beweis zu verlangen, daß auch dem letzteren gegenüber die Voraussetzungen der Anfechtung vorhanden waren. Dies auch dann, wenn der Gegner dem bevorzugten Anfechtungsprätendenten in ernstlichem Prozeß unterlegen ist. Denn wenn schon es unbillig erscheint, daß im Falle einer unrichtigen Entscheidung im Vorprozeß der Gegner doppelt zahlen soll, so ist es noch unbilliger, daß ein vollberechtigter Gläubiger durch die mangelhafte Führung eines zwischen andern Personen schwebenden Prozesses leiden soll[14].

Unter den konkurrirenden Gläubigern findet ein Anspruch auf gleichmäßige Vertheilung des von einem Einzelnen unter ihnen Erstrittenen nicht statt, eine einfache Konsequenz daraus, daß es an einer Rechtsgemeinschaft zwischen ihnen vollständig fehlt. Ebensowenig können sie von dem Gegner gleichmäßige Berücksichtigung verlangen. Nur wenn dieser kulpos den von einem Gläubiger angestrengten Anfechtungsprozeß in die

---

[10] So schon — in beachtenswerthem Gegensatz zur aktiven Korrealobligation — das römische Recht. l. 14 pr. D. 9,4.

[11] Dieses Moment war für die Römer bei der aktiven Solidarobligation maßgebend l. 14 pr. cit. (qui prior ad sententiam pervenit); ganz konsequent, da das rechtskräftige Urtheil offenbar analog einer Novation wirken muß.

[12] Arg. a contr. aus A.G. § 13 Abs. 3.

[13] Dies ergiebt A.G. § 13 Abs. 3, wo unter „Sicherung" offenbar auch eine Pfändung zu verstehen ist. So auch Hartmann 83, Wilmowski zu A.G. § 7.

[14] Diese Gefahr der Doppelzahlung ist aus andern Gründen nicht bedeutend. Vgl. unten § 44 Nr. 3—5.

Länge zieht, um den Gewinn der Anfechtung einem andern noch nicht im Besitz der vollen Aktivlegitimation befindlichen Gläubiger zuzuwenden, ist der Gegner ex mora zum Schadensersatz verpflichtet[15].

3. Ist der Anfechtungsgläubiger Rechtsnachfolger des Schuldners? Der Anfechtungsberechtigte stützt seinen Anspruch auf sein Gläubigerrecht und die Verletzung desselben durch den angefochtenen Rechtsakt. Sein Anspruch ist also im Wesentlichen ein ursprünglicher und die Entstehung desselben auch nicht auf die Analogie einer Sukzession in Rechte des Schuldners zurückzuführen. Die praktische Konsequenz dieses Satzes ist, daß dem Gläubiger über Handlungen des insolventen Schuldners nicht der Eid zugeschoben werden darf. Dies jedoch mit einer zwiefachen Maßgabe. Erstlich beruht die Hauptforderung selbst regelmäßig auf einer Rechtshandlung des Schuldners, ist aus seiner Dispositionsbefugniß abgeleitet und stellt deshalb, vom Schuldner aus gesehen, ein abgeleitetes Recht, im Sinne des Gesetzes also eine Rechtsnachfolge dar. Dasselbe gilt aber zweitens auch für die Frage, ob das Vermögensobjekt, welches Gegenstand der anzufechtenden Handlung gewesen ist, vorher der Zwangsvollstreckung der Gläubiger unterlag, ein Moment, welches, wie oben ausgeführt, für die Verkürzung der Gläubiger durch den streitigen Akt präjudiziell ist. Denn auch die Exekutionsbefugniß der Gläubiger ist von einem Rechtsverhältniß des Schuldners zur Sache abhängig und deshalb einer Sukzession in dies Rechtsverhältniß analog zu behandeln. In der ersten wie der zweiten Richtung ist also die Eideszuschiebung an den Anfechtungsgläubiger auch mit Bezug auf Handlungen des Schuldners zulässig. Dies gilt z. B. von der Behauptung, die angefochtene notarielle Zession einer Hypothekenforderung sei nur die Wiederholung einer früheren außerhalb der Anfechtungsfristen liegenden privatschriftlichen Zession gewesen. Ebenso von Erklärungen des Schuldners zu dritten Personen, welche Indizien dafür sein sollen, daß die Grundforderung des Anfechtungsgläubigers auf einer Freigebigkeit oder auf einem sonst anfechtbaren Akte des Schuldners beruhe[16].

II. Innerhalb des Konkurses.

§ 42.

1. Monopol des Konkursverwalters. Im Gegensatz zu der Selbständigkeit, die jedem einzelnen Gläubiger außerhalb des Konkurses bei

---

15 Eccius S. 620.

16 Der Begriff der Rechtsnachfolge im Sinne von Z.P.O. § 410 ist bisher noch wenig geklärt, und deshalb ist auch die oben angeregte Frage verschieden beantwortet. Meist schließt man die Eideszuschiebung an den Gläubiger über Handlungen des Schuldners unterschiedslos aus. So Jäckel 74[12]. 84, Korn 69. 71.

Verfolgung seiner Anfechtungsansprüche zusteht, ist ihm die Ausübung der konkursmäßigen Anfechtung und die freie Wahrnehmung seiner speziellen Interessen bei derselben vollständig versagt. Vielmehr ist die Vertretung dieser Interessen ausschließlich dem Konkursverwalter übertragen [1]. Der einzelne Gläubiger aber kann nur sehr indirekt durch Vermittelung der Gläubigerversammlung, des Gläubigerausschusses, des Konkursgerichts eignen Einfluß auf diese Vertretung gewinnen.

Und zwar ist diese obligatorische Vertretung der Gläubiger durch den Verwalter einfach die Konsequenz des ganzen Systems des modernen Konkursrechtes, welches gerade dadurch, daß es die Selbständigkeit der Einzelgläubiger beschränkt, die gemeinsamen Interessen der ganzen Gläubigerschaft am wirksamsten fördern will. Höchstens könnte man de lege ferenda den Zweifel anregen, ob nicht für das Anfechtungsrecht bei dessen augenscheinlicher Wichtigkeit von der Konsequenz des Systems abzuweichen gewesen wäre, ähnlich wie auch für die Konstituirung der Passivmasse eine Ausnahme zugelassen und den einzelnen Gläubigern die selbständige Wahrnehmung der Masseinteressen gestattet ist [2]. Indessen ist die Bestimmung der preußischen Konkursordnung [3], welche solche Ausnahme für das Anfechtungsrecht wirklich zuließ, kaum praktisch geworden [4], und in der That erscheint ein Bedürfniß zu einer Ausnahme dieser Art nicht vorhanden. Denn gerade diejenigen Fälle, bei denen die Anfechtung am zweifelhaftesten sein und die Verweigerung der Klagerhebung seitens des Konkursverwalters am häufigsten stattfinden wird, — die entgeltlichen Verfügungen, — sie würden der Anfechtung des Einzelgläubigers so wie so entzogen bleiben. Denn da dieser die Masse nicht wirksam zur Erstattung der Gegenleistung verpflichten kann, so ist es dem Anfechtungsgegner nicht zuzumuthen, sich in einen Prozeß mit einem derart beschränkt legitimirten Kläger einlassen zu müssen. Wie soll der Gegner auch dazu kommen, um ein hohes Objekt zu prozessiren, das den Kläger, der vielleicht nicht einmal die Kosten des Prozesses erstatten kann, nur zu einer geringen Quote angeht? Allerdings ist nicht zu bezweifeln, daß das Monopol des Verwalters für die Gläubigerinteressen gefährlich werden kann. Aber das liegt in der ganzen Institution

---

[1] R.K.O. § 29.

[2] R.K.O. § 132. 134. 135.

[3] Preußen § 112; ebenso Bayern 1230. Für das gemeine Recht ist die Frage bekanntlich streitig; für das Monopol historisch Rudorff 73 flg. bezüglich des interdictum fraudatorium. Dagegen Seuff. 2^{115}. 19^{96}. 28^{269}, Windscheid § 463 Nr. 5. In der R.T.K. sprachen sich die Abgeordneten v. Bahl, v. Sarwey und Frankenburger gegen, Websky und der Regierungskommissar für das Monopol aus. In Frankreich war die ältere Praxis für, die neuere ist gegen das Monopol, Bédarride 132 bis. Auch in Niederl. ist die Frage streitig; für Monopol Oyens 140.

[4] Wilmowski 184. Anders bezüglich der bayrischen Praxis Prot. 26.

des Verwalteramts[5], und kann nicht durch Ausnahmebestimmungen, die von Fall zu Fall sich als gleich nöthig erweisen und so von Fall zu Fall die Vortheile der ganzen Institution aufheben würden, beseitigt werden. Dazu sind Kautelen anderer Art nothwendig, wie sie das Gesetz durch das Institut des Gläubigerausschusses, durch das Aufsichtsrecht des Gerichts zu geben versucht. Man hat endlich gegen das Monopol des Verwalters eingewendet, daß den Einzelgläubigern nicht die einzige Einrede der Anfechtung versagt werden dürfe, solange ihnen das Recht eingeräumt sei, die Forderung andrer Konkursgläubiger ganz zu bestreiten. Allein auch dies Argument greift fehl. Allerdings kommt der Einzelgläubiger durch sein Recht, Konkursforderungen zu bestreiten, auch in die Lage, Einreden, die der Masse zustehn, geltend zu machen. Daraus folgt aber noch nicht, daß er der Masse auch neue Einreden müsse erwerben können, so wenig, wie er etwa, um mit einer noch nicht fälligen Forderung der Masse gegen eine Konkursforderung zu kompensiren, diese zunächst kündigen darf.

Das Monopol des Verwalters gilt aber nur für den eigentlichen konstitutiven Akt der Anfechtung. Nur diese ist die „Ausübung" des Anfechtungsrechts, wie sie das Gesetz dem Verwalter allein überträgt; nicht aber gehört auch jede prozessualische Verfolgung der einmal erklärten Anfechtung hierher. Freilich steht auch diese zunächst allein dem Verwalter zu. Da aber, wie erwähnt, die Einzelgläubiger wenigstens in Betreff der Konstituirung der Passivmasse ihre Interessen selbständig verfolgen dürfen, so können sie insoweit die vom Verwalter erklärte Anfechtung auch ihrerseits geltend machen[6]. Namentlich können sie aus derselben, immer vorausgesetzt, daß der Verwalter den konstitutiven Anfechtungsakt bereits vorgenommen hat, gegen eine anfechtbare Konkursforderung eine Einrede entnehmen. In einzelnen Fällen können sie sogar gegen eine an sich nicht anfechtbare Forderung im Wege der Kompensation eine Anfechtungsschuld des Gläubigers geltend machen[7]. Dem widerspricht das Gesetz nicht, und auch sachlich steht dem keines der Bedenken entgegen, welches die „Aus-

[5] Diese Erwägung ist auch gegen Dernburg II. 328[6] entscheidend, welcher den Einzelgläubigern ein Anfechtungsrecht um deswillen vindizirt, weil, wer ein Recht hat, in der Lage sein sollte, dasselbe auch selbst geltend zu machen.

[6] Noch weiter geht Mandry 523. S. auch Eccius I. 619[67], der die nicht konkursmäßige Anfechtung des Einzelgläubigers auch während des Konkurses fortdauern läßt, soweit sie durch Einrede geltend gemacht wird, und Dernb. II. S. 328[6], der dem Einzelgläubiger stets die Einrede des Betruges giebt. Korn 26, Gruchot 26[166] und die meisten Andern versagen dagegen dem Einzelgläubiger die konkursmäßige Anfechtung ganz.

[7] Denn „ipso jure compensatur". Der Einzelgläubiger disponirt also nicht materiell über eine Forderung der Masse, wenn er mit der Anfechtungsobligation aufrechnet, sondern beruft sich nur auf einen bereits vollzogenen rechtlichen Vorgang.

übung“ der Anfechtung im engeren Sinne durch einzelne Gläubiger erschwert.

2. Ausübung der Anfechtung in Vertretung der Gläubiger. Nach der Ausführung zu 1 ist der Konkursverwalter die für die Ausübung der Anfechtung wesentlichste Person. Und zwar ist er das nicht in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als Vertreter der Gläubiger [8]. [9]. Muß man auch im Allgemeinen jene erste Eigenschaft des Verwalters seinen Funktionen, seinen Rechten und Pflichten zu Grunde legen, so steht doch gerade die Anfechtung in so schroffem Widerspruch zu der rechtlichen Persönlichkeit des Kridars, und sie ist andrerseits in ihren Wirkungen so bestimmt auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner beschränkt, daß sie einem Vertreter des Kridars als solchem nicht ohne Zwang auferlegt werden könnte. Namentlich wäre die Anfechtung von Judikaten, die gegen den Kridar ergangen, falls sie wirklich in Vertretung des letzteren ausgeübt würde, nur eine besondere Art von außerordentlichem Rechtsmittel [10] und müßte sich deshalb ganz speziell gegen das Judikat richten, müßte sicher auch bei dem Prozeßgericht erster Instanz, bei dem der ursprüngliche Prozeß anhängig gewesen, erhoben werden. Im Gegensatz dazu läßt aber das Gesetz die gegen den Kridar ergangenen Urtheile ganz indirekt beseitigen, indem es dieselben bezüglich des Anfechtungsprozesses für unwirksam und unerheblich erklärt, faßt dieselben also gar nicht als eine zwischen denselben Prozeßparteien ergangene Entscheidung, sondern als eine res inter alios acta auf. Es entspricht denn auch allein der Natur der Sache, den Verwalter bei der Anfechtung als den Vertreter der Gläubiger anzusehen. Daß er daneben auch häufig als Vertreter des Kridars fungiren muß, daß er also eine widerspruchsvolle Doppelstellung inne hat, findet seine Erklärung darin, daß er niemals abhängiger Mandatar der Personen ist, die er vertritt, daß er die Vertretung vielmehr als Beamter kraft staatlicher Vollmacht übt, und daß er also, falls die von ihm vertretenen Interessen mit einander kollidiren, kraft seiner über den Interessen stehenden Amtspflicht dieselben gegen einander abzuwägen hat. Diese Doppelstellung erscheint aber nur auf den ersten Blick widerspruchsvoll, erweist sich auch außerhalb des Bereichs der Anfechtung wirksam und kann durch irgendwelche theoretische Konstruktionen der Rechtsstellung des Verwalters sicher nicht aus der Welt geschafft werden.

---

8 Eine Vertretung einer unbestimmten Anzahl von Personen findet sich auch sonst öfters; so bei einer Nachlaßpflegschaft.

9 Uebereinstimmend Dernburg 2[277], Eccius I. 880[26], Otto 156, Korn 24, Grützmann 204, Humblet, Art. 445, 129 und namentlich Schultze 64 flg. A. M. Fuchs 53, Mandry 389, Fitting 156 f., Wilmowski 183. Vgl. noch Holtius 163.

10 Etwa als eine Art der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Daraus ergeben sich nun eine Reihe praktischer Konsequenzen[11]. Namentlich sind die Handlungen des Kridars für den Verwalter im Anfechtungsprozeß facta aliena und es kann ihm deshalb, soweit nicht der Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge durchgreift[12], darüber der Eid nicht angetragen werden[13]. Weiter kann der Kridar im Anfechtungsprozeß als Zeuge vernommen werden[14], nur so, daß bei seiner unmittelbaren Betheiligung an dem Ausgange des Rechtsstreites[15] seine Vereidigung von dem Ermessen des Gerichts abhängt[16]. Weiter ist die Anfechtung, die sich gegen eine Zwangsvollstreckung richtet, welche ein Gläubiger wider den Kridar erwirkt hat, nicht als Widerspruch des Schuldners, sondern eines Dritten aufzufassen, und deshalb im Forum der Zwangsvollstreckung, nicht bei dem Prozeßgericht zu erheben[17]. Diese Konsequenzen sind auch zweifellos der Sachlage entsprechend. Die erste, weil ein Kredulitätseid, wie der Verwalter ihn nach der entgegengesetzten Auffassung schwören müßte, stets ein Nothbehelf bleibt, und es deshalb eine Anomalie wäre, sollte derselbe dennoch ein immer wiederkehrender Bestandtheil jedes Anfechtungsprozesses sein; zumal doch gerade das Anfechtungsrecht mit seiner vielfachen Abhängigkeit von Absichten und Meinungen am allerwenigsten für ein so formelles Beweismittel paßt und deshalb auch früher als andere Rechtsgebiete von der formellen Beweistheorie befreit werden mußte. Weiter ist die Vernehmung des Kridars als Zeuge ein Beweismittel, das praktisch gar nicht zu entbehren ist, und auf das man um der theoretischen Frage willen, welche Person der Verwalter vertritt, nicht verzichten kann, während andrerseits die Zulassung seines Zeugnisses bei freier Beweiswürdigung und fakultativer Vereidigung in keiner Weise gefährlich sein kann. Der dritte Punkt ist von geringerer Bedeutung; indeß wäre nicht abzusehen, warum die Prorogation des Forums zwischen Kridar und Gegner im ursprünglichen Prozeß auch für den Anfechtungsprozeß maßgebend sein und etwa die formell aus §§ 686. 687 Z. P. O. abgeleitete Anfechtungsklage bezüglich der größten Objekte vor dem Amtsgericht eines entfernten Orts und unter Verzicht auf die dritte Instanz ausgetragen werden sollte, lediglich deshalb, weil der Kridar sich zunächst bei diesem Gericht hatte verurtheilen lassen, und der vollstreckbare Titel von dort aus ertheilt ist.

---

11 Dagegen hält Otto 155 die Frage für unpraktisch; anders Wilmowski 183, der freilich von seinem Standpunkt aus überall zu entgegengesetzten Einzelresultaten kommt.

12 Nach dem oben § 41, Note 16 entwickelten Grundsatze.

13 Z.P.O. § 410.

14 App.-Ger. Hamm bei Gruchot 7^{372}.

15 Denn es handelt sich um die Bezahlung seiner Schulden.

16 Z.P.O. § 358^4.

17 Z.P.O. §§ 686. 690. Uebereinstimmend Meißner 130.

Noch eine weitere Konsequenz scheint nun freilich aus unsrer Auffassung zu folgen, auf die bisher nicht geachtet ist, die aber praktisch äußerst bedenklich wäre: wenn nämlich eine Konkursforderung gegen den Verwalter als Vertreter des Kridars geltend gemacht wird, scheint es auf den ersten Blick unzulässig zu sein, daß er in demselben Prozesse die Einrede der Anfechtung erhebt, die ihm nur als Vertreter der Gläubiger zusteht. Indeß ist diese Konsequenz rechtlich nicht zutreffend. Es ist ja nicht bloßer Zufall, daß dem Verwalter zugleich die Vertretung des Kridars und der Gläubiger zukommt, beide Vertretungsrechte hängen vielmehr eng zusammen. Wenn also der Verwalter als solcher in einen Prozeß eintritt oder ein neuer Prozeß gegen ihn erhoben wird, so werden damit eo ipso die beiden Personen, die er vertritt, in den Prozeß eingeführt. Danach erscheint denn aber auch die Einrede aus dem Anfechtungsrecht in dem auf Feststellung der anfechtbaren Forderung gerichteten Prozesse als zulässig [17a].

3. Kontrollmittel gegen den Verwalter. Nach außen hin [18] tritt der Verwalter durchaus selbständig auf, ohne irgendwelcher Autorisation zu bedürfen. Nach innen ist er dagegen, sobald ein Gläubigerausschuß gebildet ist, theilweise verpflichtet, die Genehmigung desselben einzuholen; dies gilt für die Verfolgung der Anfechtung durch Klage und Widerklage, es gilt für den Verzicht auf die Anfechtung gegenüber Aus- und Absonderungsansprüchen, gilt endlich auch für Vergleiche und Schiedsverträge bezüglich der Anfechtung, in allen Fällen ein Objekt über 300 Mark vorausgesetzt. Ist ein Gläubigerausschuß nicht vorhanden, so hat der Verwalter an Stelle der Genehmigung des Ausschusses die einer Gläubigerversammlung einzuholen, dies jedoch nur auf den vom Konkursgericht gebilligten Antrag des Gemeinschuldners [19].

Dieser Einfluß des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung ist aber durchaus negativ und kann den Verwalter von einem Vorgehen in bestimmter Richtung abhalten, nicht aber umgekehrt ihn zu einem bestimmten Verhalten zwingen. Das Recht, dem Verwalter eine positive Direktive zu geben, steht jenen Organen also nicht zu, und nur indirekt können sie — gerade so gut wie jeder einzelne Gläubiger oder der Gemeinschuldner — im Wege der Beschwerde beim Konkursgericht eine positive Einwirkung auf ihn ausüben [20]. Aber auch das Konkursgericht ist zu einer solchen Einwirkung — sei es nun auf Beschwerde, sei es von Amtswegen — nur befugt, wenn es das Verhalten des Verwalters für pflichtwidrig erachtet, indem es ihn alsdann durch Ordnungsstrafen zu einer

---

17a Vgl. oben S. 57. Anm. 4.

18 In Preußen hatte er nur bezüglich der Einrede freie Hand. Entsch. 64 [371].

19 R.K.O. §§ 121. 123. Dort auch weitere Details.

20 Prot. der R.T.K. S. 88. Otto 154.

positiven Handlung nöthigen kann. Dagegen steht dem Gericht deshalb, weil es das Verhalten des Verwalters für nicht sachgemäß oder für nicht zweckentsprechend hält, ein Strafrecht nicht zu, und nur die Befugniß, denselben zu jeder Zeit zu entlassen, wird auch gegen offenbare praktische Fehlgriffe des Verwalters Abhilfe schaffen[21].

Ueber die Bedeutung aller dieser Kautelen wird man sich nicht täuschen. Ist der Verwalter untüchtig, so helfen sie wenig, ist er tüchtig, so sind sie entbehrlich. Immerhin mögen sie für das Gefühl der Verantwortlichkeit bei dem Verwalter von Werth sein.

4. Der Betheiligung des Einzelgläubigers bei der Anfechtung ist bereits gedacht. Er kann zunächst durch Anträge bei dem Konkursgericht auf die Maßnahmen des Verwalters indirekt einwirken, und er kann weiter die vom Verwalter bereits erklärte Anfechtung gelegentlich der Bestreitung einer Konkursforderung einredeweise geltend machen.

In Frage könnte noch ein drittes — und zwar das wichtigste — Recht des Einzelgläubigers kommen, als Nebenintervenient in den vom Verwalter als Hauptpartei betriebenen Anfechtungsprozeß einzutreten. Sachlich wäre eine solche Berechtigung durchaus zu billigen, da einerseits die Befähigung und der Eifer bei dem Einzelgläubiger oft weit größer sein wird als bei dem Verwalter, und dieser im Wege der Intervention eine nicht zu unterschätzende Unterstützung erhalten würde, und da andrerseits eine ernstliche Gefährdung irgendwelcher Interessen durch eine Intervention dieser Art nicht zu besorgen ist. Dennoch kann die Intervention des Einzelgläubigers nicht zugelassen werden[22]. Denn die Z.P.O. §. 63 setzt als Bedingung derselben einen Prozeß zwischen „andern" Personen voraus, und diese Bedingung ist hier, wo der Verwalter in Vertretung der Gläubiger handelt, nicht gegeben[23].

In den Fällen, in denen der Einzelgläubiger die Anfechtung durch Einrede selbständig verfolgen darf, ist er an sich vom Verwalter unabhängig, und er ist es selbst dann, wenn auch der Verwalter die Konkursforderung bestreitet, da er in diesem Falle lediglich sein Streitgenosse ist und ihm an Rechten gleichsteht. Nur behält der Verwalter auch während des Prozesses die materielle Verfügung über den Anfechtungsanspruch wie

---

21 R.K.O. § 76. Pflichtwidrig ist übrigens bereits die Weigerung des Verwalters, eine offenbar zweckmäßige Maßregel vorzunehmen, also etwa eine Anfechtungsklage anzustellen, obschon ein Einzelgläubiger Kaution für die Prozeßkosten anbietet. Mindestens wird in solchen Fällen der Verwalter sein Verfahren speziell rechtfertigen müssen.

22 Ausgenommen den Fall unten § 66 zu Note 10.

23 So im Resultat Otto 154, Korn 24, Schultze 68. A. M. der Regierungskommissar in der R.T.K. Prot. 26; Fitting 157, Eccius I. 609[34], Petersen 162, Völderndorff 1[340].

über alle andern Vermögensrechte der Masse und kann somit durch einen Vergleich mit dem Gegentheil das Anfechtungsrecht materiell beseitigen[24].

5. Der Gemeinschuldner, der meist gegen die Anfechtung interessirt ist, kann gleichwohl im einzelnen Falle, — etwa dann, wenn seine Aussichten auf einen Akkord davon abhängen, ob die bevorzugte Stellung, die sich einzelne Gläubiger durch Exekutionen und Arreste gesichert, mit Erfolg aus §. 23 1. 2 K.O. angefochten werden kann — für die Anfechtung positives Interesse haben. Ob ihm deshalb ein Interventionsrecht zuzugestehen, kann praktisch zweifelhaft sein. Gesetzlich steht ihm jedenfalls ein solches Recht nicht zu; denn der Kridar gilt, was die zur Masse gehörigen Sachen und Rechte angeht, den Konkursgläubigern gegenüber nicht als verfügungsfähig, und damit fällt auch seine Befugniß, als Prozeßpartei zu Gunsten eines Anspruchs der Gläubiger einzugreifen[25].

Die Mitwirkung des Kridars bleibt deshalb auf sein bereits erwähntes Recht beschränkt, durch Anträge beim Konkursgericht auf den Erlaß einer Ordnungsstrafe oder in den gesetzlich bestimmten oben bezeichneten Fällen auf die Einberufung einer Gläubigerversammlung zu bringen. In beiden Fällen ist sein Recht unmaßgeblich: das Gericht ist nicht verpflichtet, sondern nur befugt, auf seine Anträge einzugehen.

6. Bei einer Konkurrenz der konkursmäßigen und nicht konkursmäßigen Anfechtung steht der ersteren ein Vorzug an sich nicht zu, und es gelten deshalb zunächst die nämlichen Grundsätze, wie sie bei der Konkurrenz mehrerer Anfechtungsansprüche außerhalb des Konkurses Anwendung finden[26].

Kapitel vier.

Inhalt der Anfechtungsobligation.

I. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

§ 43.

Die nächste Wirkung der Anfechtung ist die Ungiltigkeit der angefochtenen Rechtshandlung. Nun hat die juristische Technik die Ungiltigkeit rechtlicher Akte in dreifacher Richtung verschieden ausgebildet. Sie hat unterschieden, ob die Ungiltigkeit von Rechts wegen oder nur auf Betreiben

---

[24] Nicht anders, wie er dem bestreitenden Gläubiger auch die Einrede der Zahlung, der Verjährung durch Verzicht auf dieselbe nehmen kann.

[25] Dagegen kann der Kridar gegen die Masse interveniren. Vgl. § 57 Note 10 u. 15.

[26] Freilich mit sehr wesentlichen Modifikationen. Vgl. unten § 66.

eines Interessenten wirksam ist, ob sie schlechthin und allen Betheiligten gegenüber oder nur zu Gunsten einzelner Personen eintritt, endlich ob die Ungiltigkeit direkt, einfach durch den Fortfall der Rechtswirkungen des ungiltigen Aktes, oder ob sie indirekt, auf dem Wege einer obligatorischen Restitutionspflicht der Betheiligten sich vollzieht. Nach allen diesen Richtungen haben die Gesetze die Ungiltigkeit bald im Sinne der einen, bald im Sinne der andern Form normirt und so eine ganze Reihe von Kombinationen ausgebildet. Es ist deshalb die Form, für welche das Reichsrecht sich entschieden hat, nach einer jeden dieser drei Richtungen zu prüfen [1].

1. Nur auf Betreiben des Verletzten, nicht ipso jure tritt die Ungiltigkeit, wie die Reichsgesetze sie normiren, ein: denn das Gesetz spricht ausdrücklich von einem „Recht" der Anfechtung oder einem Anfechtungsanspruch [2]. Die Anfechtung ist deshalb, wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, ein Rechtsakt von materieller Bedeutung und enthält also nicht blos eine Bezugnahme auf fertige, bereits erworbene Rechte. Dadurch erklärt sich, daß, wie schon erwähnt, die einzelnen Konkursgläubiger, welche sonst theilweise die Befugniß haben, Rechte der Masse prozessualisch geltend zu machen, dennoch von der Ausübung der konkursmäßigen Anfechtung ausgeschlossen sind [3]. Daraus folgt aber weiter der wichtige Grundsatz, daß der Anfechtungsgegner seinerseits zur Beseitigung der Rechtsfolgen des anfechtbaren Aktes nicht die Initiative ergreifen darf [4], sondern lediglich die Entschließung des Verwalters abwarten muß. Wenn der Gegner also ohne Weiteres zur Restitution bereit ist [5], so kann er die Summe, welche gegebenen Falles zurückzugewähren ist, nicht etwa mit befreiender Wirkung

---

[1] Der Gegensatz, an den man zunächst bei der Feststellung des Begriffs der Anfechtbarkeit denkt, ist der der relativen Nichtigkeit, welche R.K.O. § 6 für Handlungen des Kridars nach Eröffnung des Konkurses festsetzt, und Völdernndorff I. 263[12.13] und namentlich auch Schultze 26, wie schon früher Beisert 46, gehen zu weit, wenn sie diesen Gegensatz als nicht vorhanden darstellen. Nur ist derselbe freilich praktisch nicht so wichtig, als meist angenommen wird, und keinesfalls ist er von so wesentlicher, von so prinzipieller Bedeutung, als die Mot. 104 es annehmen. Deshalb hat denn das französische, das niederländische Recht und sogar — vgl. Gaius 1,73, Dernburg, Pfandrecht I. 198[20] — bereits das älteste bekannte Gesetz von paulianischer Tendenz, die lex Aelia Sentia an Stelle der Anfechtbarkeit die Nichtigkeit eintreten lassen.

[2] R.K.O. §§ 29. 34. A.G. § 3[2—4] 12.

[3] Vgl. oben S. 232.

[4] Noch weniger kann er vor Ablauf der Anfechtungsfristen auf Anerkennung der Giltigkeit eines anzufechtenden Vertrages klagen, weil die Gläubiger schon wegen der Beschaffung der Beweismittel ein selbständiges Recht auf Einhaltung dieser Fristen haben. Entsch. 23[120].

[5] Etwa, wenn der Gerichtsvollzieher nach der Zahlungseinstellung des Schuldners pfändete, trotzdem diese dem Gläubiger inzwischen bekannt geworden war.

hinterlegen oder durch Realofferte die Masse in Verzug setzen; dagegen mindert er durch solches Vorgehen das Maß der von ihm zu leistenden Diligenz der Masse gegenüber erheblich herab.

Diese Konsequenzen gelten aber nur für den eigentlichen Akt der Anfechtung, nicht auch für die thatsächliche und prozessuale Durchführung derselben[6]. Hierfür sind vielmehr lediglich die allgemeinen Grundsätze über die Durchführung zweiseitiger Rechtsverhältnisse maßgebend, und deshalb namentlich auch dem Anfechtungsgegner, nachdem die Anfechtung einmal erklärt ist, die eigene Initiative, das Recht der Deposition, das Recht des Angebots zur Vermeidung des Annahmeverzuges auf Seiten der Gläubiger, nicht zu versagen.

2. Nur zu Gunsten der Gläubiger wirkt die Ungiltigkeit, nicht schlechthin für jeden Betheiligten, d. h. auch nachdem die Gläubiger ihren Anfechtungswillen erklärt haben, bleibt der anfechtbare Akt für alle andern Betheiligten voll wirksam, und selbst die thatsächliche Durchführung der Anfechtung beeinflußt dieselben nur wie jeder thatsächliche Vorgang, welcher von außen her in ein selbständiges Rechtsverhältniß eingreift und dessen Bestand, dessen faktische Realisirung unmöglich macht.

Ein dritter Inhaber des Streitobjekts kann also, wenn der Anfechtungsgegner ihn auf Herausgabe desselben verklagt, dessen Aktivlegitimation nicht durch die Behauptung in Frage stellen, daß der Konkursverwalter den Erwerbstitel des Klägers angefochten habe. Ebenso bleibt der Schuldner[7] an das Geschäft gebunden. Und endlich kann auch der Gegner, selbst nachdem die Anfechtung erklärt ist, derselben ein eignes Recht nicht entnehmen, kann z. B. seine Gegenleistung, seine Verwendungen und Auslagen von den Anfechtungsgläubigern nicht im Wege der Klage erstattet verlangen, sondern hat lediglich die Rechte eines Schuldners dem säumigen Gläubiger gegenüber[8].

3. Nur im Wege einer Obligation des Anfechtungsgegners tritt die Ungiltigkeit des streitigen Aktes ein, nicht direkt. Dies folgt daraus, daß das Gesetz demselben die positive Verpflichtung zur Rückgewähr auferlegt, die sich füglich nur als persönliche obligatorische Schuld auffassen läßt, und weiter daraus, daß das Gesetz nur in einzelnen bestimmten Fällen eine Wirkung der Anfechtung gegen Dritte[9] anerkennt,

---

[6] Vgl. oben § 39.

[7] Hierüber im Einzelnen unten § 57.

[8] Dies Rechtsverhältniß ist übrigens auch bei der relativen Nichtigkeit des § 6 R.K.O. und ebenso der des französischen Rechtes, die gleichfalls „sauf les droits des tiers“ erfolgte, das nämliche. Boulay-Paty, des faillites 44.

[9] Von dieser Wirkung gegen Dritte ist zu unterscheiden die unter 2 erörterte Wirkung für Dritte. Die Anfechtbarkeit lehnt beide, die relative Nichtigkeit nur die

also eine dingliche Wirkung derselben, insbesondere die Wiederherstellung eines dinglichen Rechtes des Schuldners oder den Fortfall der dinglichen Befugnisse des Gegners nicht annimmt.

Deshalb bleiben die Rechte Dritter an dem Streitobjekt, die der Gegner vor oder nach der Anfechtungserklärung begründet hat, an sich fortbestehen. Denn daß der Gegner obligatorisch zur Rückgewähr einer Sache verpflichtet war, nahm ihm nach außen noch nicht die Legitimation zur freien Verfügung über diese Sache. Ebenso wenig erhält auch die Masse, wenn sie zufällig im Besitz des Streitobjekts ist, durch die einseitige Erklärung der Anfechtung oder durch deren Feststellung im Wege der Präjudizial-Entscheidung, ein dingliches Recht daran, und sie kann also, falls sie den Besitz wieder verliert, von dem dritten Inhaber der Sache dieselbe zunächst nicht zurückfordern. In beiden Richtungen ist demnach die Anfechtbarkeit der Wirkung nach beschränkter, als die relative Nichtigkeit es ist; auf der andern Seite ist aber die Anfechtbarkeit innerhalb dieser engen Schranken weit durchgreifender als selbst die absolute Nichtigkeit. Denn diese letztere hat nur die Bedeutung, daß die alten Rechtsverhältnisse wieder aufleben oder als fortdauernd gelten, und sie begründet also ein Rückforderungsrecht nur, soweit das alte Rechtsverhältniß einen solchen Anspruch gewährte: eine neue positive Verpflichtung der Rückgewähr wird dagegen durch die Nichtigkeit nicht geschaffen[10]. Die Klage auf Rückgewähr wegen Nichtigkeit ist also durch den Beweis des früheren Rechtsverhältnisses zu substanziren, und dem Gegner auch der Beweis nicht zu verschränken, daß zwar nicht er selbst, aber auch nicht der Kläger, sondern ein Dritter wirklich zur Sache berechtigt sei. Ganz anders und sehr durchgreifend folgt dagegen aus der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung, im Sinne der Reichsgesetze, die selbständige Verpflichtung des Erwerbers zur Rückgewähr. Der Klagegrund ist hier lediglich der Nachweis eines bestimmten faktischen Verhältnisses, welches für das Recht der Gläubiger auf Befriedigung ihrer Forderungen von Interesse war, und demnächst der Nachweis, daß dasselbe durch den anzufechtenden Akt beseitigt worden ist. Denn schon aus diesen beiden Umständen folgt das Recht auf Wiederherstellung des früheren Verhältnisses[11], und es steht dem Gegner sowenig die Befugniß zu, die Rechtmäßigkeit jenes früheren Verhältnisses zu bemängeln, als der Depositar

---

letztere ab. Nicht ganz klar ist, wie Schultze S. 32[1] auch in dieser Beziehung zwischen der Anfechtbarkeit und der relativen Nichtigkeit der § 22 flg. 6. K.O. jeden prinzipiellen Unterschied verneint.

[10] Soweit nicht das partikulare Recht, etwa in Form einer condictio ex injusta causa, auch bei der Nichtigkeit eine selbständige Verpflichtung zur Restitution festsetzt.

[11] Natürlich wird hier von den Bedingungen bezüglich der Passivlegitimation noch abgesehen.

dem Deponenten gegenüber dessen Besitztitel in Frage stellen darf[12]. Klagt also der Verwalter auf Rückzahlung des Erlöses, welchen der Gegner durch Pfändung von Waaren des Kridars gewonnen hat, so braucht er nicht für jedes einzelne Pfandstück den Erwerbstitel oder auch nur den juristischen Besitz auf Seite des Gemeinschuldners nachzuweisen, sondern es genügt der Nachweis, daß derselbe detinirt hat.

Aber auch im Wege des Einwandes darf der Gegner nicht behaupten, daß der Kridar gar nicht zur Sache berechtigt, und insbesondere die veräußerten Waaren Eigenthum seiner Ehefrau, seines Sozius gewesen seien. Denn dieser Einwand kann doch nur den Sinn haben, daß der angefochtene Akt den Gläubigern ein Werthobjekt entzogen habe[13], das für sie ohne rechtliches Interesse war, und daß er also eine Verkürzung der Gläubiger nicht zur Folge gehabt habe. Nun können die Gläubiger aber alles, was ihr Schuldner in Gewahrsam hat, für sich und zu ihrer Befriedigung verwenden, und ihr Exekutionsrecht wird erst durch den Widerspruch, die Intervention des besser Berechtigten ausgeschlossen. Bis dieser Widerspruch erfolgt, entzieht die Veräußerung einer in der Detention des Schuldners befindlichen fremden Sache den Gläubigern eben doch ein Recht, mag es auch bedingt und beschränkt gewesen sein. Somit werden die Gläubiger durch diese Veräußerung allerdings beeinträchtigt, und der Einwand besserer Rechte eines Dritten ist deshalb auch in dieser Richtung unerheblich. Nur wenn dieser Dritte seine Ansprüche dem Anfechtungsgegner abtritt, und dieser also selbst sich auf ein die Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger ausschließendes eigenes Recht berufen kann, ist er in der Lage darzuthun, daß die Detention des Gemeinschuldners für die Gläubiger ohne Interesse war, und die Aufgabe der Detention die Gläubiger also auch nicht verkürzte[14].

II. Restitutorische Natur der Anfechtungsobligation.

§ 44.

1. Allgemeines. Für den materiellen Inhalt der Anfechtungsschuld ergiebt sich aus der Natur des Anfechtungsrechtes zunächst ein unbedingt bestimmendes Moment[1]. Dieselbe muß, von den Gläubigern aus gesehen,

---

[12] A. M. Völderndorff I. 341[15]. Vgl. dagegen Mot. 113, Otto 162.

[13] Vgl. oben § 15 Note 5.

[14] Ganz anders wie oben zu 1—3 unterscheidet das franz. Recht. Die Nichtigkeit (sont nuls: Art. 446) tritt ausnahmslos, die Anfechtbarkeit (pourront être annullés: 447) dagegen nur unter freier richterlicher Würdigung des konkreten Falles ein. So z. B. Renouard 391[4], Rousseau 447 Nr. 203 flg.

[1] Die hier folgende Ausführung hängt mit den Erörterungen oben § 18 zusammen. Nur war dort festzustellen, „wann" die Anfechtungsobligation wirksam wird, während hier die Frage ist, „in welchem Umfange" sie eintritt.

restitutorisch sein, d. h. sie darf denselben keine vollständig neue Leistung, keine Bereicherung zuführen, sie darf denselben vielmehr nur zurückgewähren, was bereits zur Befriedigung ihrer Forderungen bestimmt war, was ihrem Zugriffe unterlag und ihnen nur nachträglich entzogen ist.

Vom Gegner aus gesehen läßt dagegen das Anfechtungsrecht eine sehr verschiedene Behandlung zu. Der Gegner kann verpflichtet werden, ohne Rücksicht auf das, was er empfangen hat, so daß für ihn die Leistung keine Rückgewähr, sondern von seinem Standpunkte aus reine Strafe ist. Er kann weiter gerade mit Rücksicht auf dasjenige, was ihm durch die anfechtbare Handlung gewährt ist, und bis zu der Höhe der ihm so gewordenen Zuwendung verpflichtet werden, und dann ist das Anfechtungsrecht auch von ihm aus gesehen restitutorisch. Es kann seine Haftung endlich auf die Bereicherung beschränkt werden, so daß er nur zurückzugeben hat, was er empfangen hat und um dessen Werth sein Vermögen noch bereichert ist. Vom praktischen Standpunkt aus darf nun keiner dieser drei Formen unbedingt der Vorzug vor den andern gegeben werden. Denn da das Anfechtungsrecht lediglich auf einem Kompromiß zwischen widerstreitenden Interessen beruht, und daher jede Norm, welche den Bedürfnissen des einen Theiles Genüge thun will, die des andern gefährdet, läßt sich sowohl die mildere als die schärfere Form der Verhaftung des Anfechtungsgegners von dem Standpunkt eines der Betheiligten befürworten und bekämpfen. Deshalb ist auch für den Umfang dieser Verhaftung ein Kompromiß zwischen den beiderseitigen Interessen nicht zu umgehen. Einestheils ist eine sehr durchgreifende Haftung des Gegners nur zulässig, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen der Anfechtung selber eng begrenzt werden, so daß innerhalb dieser Grenzen der Gegner auf eine schonende Behandlung keinen Anspruch erheben darf. Umgekehrt kann bei einer milderen Verhaftung des Gegners die Anfechtung auch in solchen Fällen zugelassen werden, wo der Grund zur Anfechtung nur in einem geringen Verschulden des Gegners oder überhaupt nicht in seinem Verschulden liegt. Deshalb liegt es denn legislativ nahe, zwischen den drei hier erörterten Formen der Haftung gar nicht streng zu scheiden, sondern dieselben mit einander zu kombiniren. Je nach der Lage des konkreten Falles oder je nach der Kategorie anfechtbarer Rechtshandlungen, zu welcher der einzelne angefochtene Akt gehört, würde alsdann die Haftung strenger oder milder ausfallen; die Bedingungen der Anfechtung an sich brauchten aber nicht enger begrenzt zu werden.

2. Prinzipielle Stellung der Reichsgesetze[2]. Diese beruht auf der zuletzt gedachten Erwägung, d. h. auf der Verbindung von zwei

---

[2] Auch das römische Recht und ebenso die neueren Gesetze folgen diesem System der Kombinirung verschiedener Stufen der Haftung; l. 6 § 11 h. t. Pr. Konk.-Ordn. § 109, Sachsen 1517, Bayern 1226, Lübeck 35, Bremen 44, Dänemark

der bisher erörterten Formen der Haftung des Anfechtungsgegners: für eine Kategorie anfechtbarer Handlungen, — die der unentgeltlichen Verfügungen — wird je nach der Lage des konkreten Falles diese Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt, für die übrigen Fälle dagegen ist die zweite Stufe der Haftung, die der Restitutionspflicht gewählt. Die strengste Form der Haftung, die auf die Leistung des Interesses schlechthin gerichtet ist, hat dagegen nach dem System des Reichsgesetzes selbständige Bedeutung nicht. Indeß ist gerade dies letztere streitig, und es geht sogar die herrschende Meinung dahin, daß das Reichsgesetz neben der Haftung auf die Bereicherung nur noch die Haftung auf das Interesse anerkennt habe, die Form der einfachen Restitutionspflicht also in das Reichsgesetz nicht mit aufgenommen sei.

Der Wortlaut des Gesetzes giebt über diese Streitfrage, die für das Anfechtungsrecht und seine praktische Bedeutung geradezu von entscheidendem Einfluß ist, und von der speziell die weitere Frage abhängt, ob der Gegner die Gefahr des Anfechtungsgegenstandes zu tragen hat, keinen Aufschluß: denn, wenn das Gesetz sagt, der Gegner habe zurückzugewähren, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, so ist damit weder entschieden, ob die Rückgewähr spezifisch oder dem Werth nach erfolgen, noch wie die Pflicht des Gegners bei Unmöglichkeit spezifischer Rückgewähr sich gestalten soll[3]. Um so sorgfältiger wird also die Streitfrage aus dem Sinne des reichsrechtlichen Systems der Anfechtung heraus zu erörtern sein[4]. Nun fehlt

20 flg.; dagegen hatte A.G.O. I. 50 § 55 nur eine Stufe, die deliktmäßiger Haftung. Eigenthümlich kasuistisch Rußl. 1932 flg. — Unklar ist der Standpunkt des französischen Rechts. Das Gesetz giebt keine Auskunft über die Frage, und die Praxis schwankt. So nahm z. B. das Gericht zu Nancy 1840 an, der Gegner hafte, auch wenn er die anzufechtende Zuwendung auch nicht mehr dem Werth nach besitzt (der Gegner hat Zahlung für sich und andere Gläubiger erhalten und das empfangene Geld dem Auftrage gemäß verwendet, wird aber zur Rückgabe der ganzen Summe verurtheilt); Dalloz 24 Nr. 321, ähnlich Pardessus III Nr. 1120, Bédarride 140. Vgl. aber dagegen Dalloz Nr. 323, Rousseau 446 Nr. 238. 447 Nr. 178.

[3] Die entsprechende Bestimmung der preuß. K.O. hatte das Obertribunal früher im Sinne engster restitutorischer Haftung ausgelegt, wogegen das R.O.H.G. bekanntlich theilweise entgegengesetzt entschied. Wie die Redaktoren der R.K.O. dem ersten Erforderniß der Fassung eines Gesetzes, der Klarheit, damit gerecht werden wollen, daß sie fast denselben Wortlaut wiederbringen, über dessen Bedeutung die beiden höchsten Gerichtshöfe für Preußen geradezu entgegengesetzter Ansicht waren, ist schwer begreiflich.

[4] Motive 148 und die sämmtlichen Schriftsteller sind entgegengesetzter Ansicht; für unsre Auffassung nur Dernburg 2[330] flg. Am schärfsten formulirt die hier bekämpfte Ansicht Eccius I. 615[57]: die obligatorische Ersatzpflicht geht nicht auf das, was in den Besitz des Beklagten gekommen, sondern auf das, was aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen ist.

es an Gründen nicht, die für die herrschende Ansicht sprechen, und es läßt sich deshalb nicht erwarten, daß die hier vertretene entgegengesetzte Auffassung unbedingte und zweifelsfreie Annahme finden wird. Indeß wird es schon genügen, sobald die ganze Streitfrage nur überhaupt de lege lata als eine zweifelhafte angesehen wird. Denn in casu dubio wird alsdann die Frage den Ausschlag geben, welche von beiden Auffassungen praktisch die zweckmäßigere ist, und diese Zweckmäßigkeitsfrage scheint uns allerdings gar nicht zweifelhaft zu sein.

Für die herrschende Ansicht spricht, daß das Recht des Gegners auf Erstattung der von ihm dem Schuldner gewährten Gegenleistung in unserm Gesetz unter dem Einfluß der Delikttheorie normirt ist, daß weiter der prinzipale Inhalt der Anfechtungsobligation in einem einzelnen Falle wenigstens bei streng wortgemäßer Auslegung des Gesetzes auf eine abstrakte Summe, unabhängig von ihrer Fortdauer im Vermögen des Gegners gerichtet, also gleichfalls deliktartig bestimmt ist[5], endlich daß auch bei der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers der Dolus des Schuldners und die Kenntniß dieses Dolus auf Seite des Gegners das entscheidende Moment abgeben.

Dementgegen spricht aber für unsere Auffassung zunächst, daß das Gesetz als Anfechtungsschuldner nur den gelten läßt, der aus dem Vermögen des insolventen Schuldners eine Zuwendung erhalten hat. Denn es würde unbillig und irrationell sein, von dieser Zuwendung die Entstehung der Anfechtungsobligation abhängig zu machen, wenn sie nicht auch für den Umfang derselben maßgebend wäre. Geht derjenige ganz frei aus, welchem die Verkürzung der Gläubiger, trotzdem er sie verschuldete, keinen Vortheil brachte, so darf derjenige, der um des erzielten Vortheils willen haftbar gemacht wird, auch nur in Höhe desselben verpflichtet werden[6].

Das zweite, — und zwar das eigentlich durchgreifende Moment ist, daß die Gefahr der Anfechtung, wie wir an verschiedenen Stellen nachgewiesen haben, mag man nun über ihre theoretische Grundlage denken wie man will, jedenfalls praktisch in zahlreichen Fällen Personen treffen wird, denen höchstens ein geringes Verschulden zur Last fällt. Es ist aber schwer denkbar, daß das Gesetz einer abstrakten Theorie zu Liebe über solche Fälle rücksichtslos hinweggehen, daß es diese Personen, welche die Anfechtung an sich schon empfindlich trifft, durch eine deliktartige Normirung ihrer Verbindlichkeiten, — durch ihre Verhaftung auf das Interesse schlechthin —, noch schwerer belasten sollte. Deshalb kann denn auch die Gefahr des an-

---

[5] Bei der Anfechtung einer Wechselzahlung K.O. § 27 Abs. 2. Vgl. unten § 62 Nr. 5.

[6] Vgl. die Ausführung § 18 zu Anfang. Die meisten dort vorgetragenen Momente sind deshalb auch für die hier behandelte Frage als beweisend anzusehen.

fechtbaren Rechtsaktes, welche nach der hier vertretenen Theorie den Gegner treffen soll, nur in dem Risiko bestehen, welches auch sonst bei dem Widerruf oder einer anderweiten Annullirung eines Rechtsgeschäfts denjenigen Theil trifft, auf welchem nicht der Vorwurf eines vertretbaren Versehens lastet: er hat also nicht ohne Weiteres dem Anderen dessen Interesse zu erstatten, sondern braucht nur diejenigen Veränderungen auszugleichen, welche der angefochtene Akt in seinem eigenen Vermögen hervorgebracht hat, seine Verbindlichkeit ist also auch von ihm aus gesehen eine restitutorische.

Dazu kommt denn endlich ein sprachliches Argument, welches in Verbindung mit den beiden sachlichen Gründen, die wir eben erörtert, von erheblicher Bedeutung ist. Das Gesetz „verbietet" die Rechtsakte, um welche es sich hier handelt, an keiner Stelle, sondern es erklärt sie für „unwirksam" und der „Anfechtung" unterworfen. Auch hieraus folgt, daß das Gesetz durchaus nicht daran gedacht hat, dem Gegner nach Deliktsgrundsätzen eine Verpflichtung zu positivem Schadensersatz aufzuerlegen, sondern nur negativ ihm dasjenige entziehen will, was der anfechtbare Akt ihm zugewendet hat.

Wägen wir nun diese Gründe für und wider ab, so ist die Entscheidung in der That keine leichte. Deshalb ist es denn auch an dieser Stelle von ganz besonderer Wichtigkeit, daß das Gesetz gerade die beiden Materien, in welchen auch wir den positiven Einfluß der Deliktstheorie anerkennen müssen, in überraschendem Maß inkonsequent und widerspruchsvoll geordnet hat. Es ist deshalb ein sehr fragwürdiges Argument, aus der Regelung gerade dieser speziellen Materien allgemeine Rechtsprinzipien ableiten und analog zur Anwendung bringen zu wollen. Für uns ist deshalb die streng sachliche Natur der beiden ersten für unsere Auffassung sprechenden Argumente entscheidend.

3. Die Gefahr des Anfechtungsgegenstandes trägt, wie aus der restitutorischen Natur der Anfechtungsschuld[7] von selber folgt, nicht der Anfechtungsgegner, sondern sie trifft zunächst den Anfechtungsberechtigten. Denn wenn das Streitobjekt zufällig untergeht, zufällig verschlechtert oder entwerthet wird, so ist eben die Erfüllung der Anfechtungsschuld durch Zufall — ganz oder theilweise — unmöglich gemacht, und also der Gegner nach allgemeinen Grundsätzen[8] — ganz oder theilweise — befreit. Und

---

[7] So Dernburg II. 329 flg. und auch Fitting 164, insofern er die Haftung des Gegners nur dann ausspricht, wenn er „durch sein Verschulden nicht mehr" besitzt. Dagegen legen die Motive und fast alle Schriftsteller — z. B. Mandry 528, Sarwey 202, Jäckel 152 — die Gefahr der Zuwendung dem Anfechtungsgegner auf, sobald nur nach bürgerlichem Recht der schlechtgläubige Besitzer die Gefahr trägt. Vgl. auch Stieglitz 174 f., der in Verfolg desselben Gedankens zu dem Resultat kommt, daß der Gegner, ähnlich dem Beklagten bei der Vindikation, erst von der Klagerhebung ab für Zufall haftet.

[8] Dies war früher für restitutorische Klagen, insbesondere auch für die Kon-

zwar gilt dieser Satz, wie einer vielfach verbreiteten abweichenden Ansicht gegenüber behauptet werden muß, ohne Unterschied, ob die Zuwendung vertretbarer oder individuell bestimmter Art gewesen ist. Denn es kann zwar nicht bestritten werden, daß bei Verpflichtungen auf Leistung fungibler Gegenstände der Schuldner vielfach die Gefahr derselben in größerem Umfange tragen muß, als dies bei Obligationen der Fall ist, welche auf Leistung nicht vertretbarer Sachen gehen. Indeß beruht dies lediglich auf dem Satze „genus non perit“, und die Vertretbarkeit des Leistungsgegenstandes hängt also mit dieser schärferen Haftung des Schuldners nur indirekt dadurch zusammen, daß eine generisch bestimmte Obligation der Natur der Sache nach meistens sich auf Fungibilien bezieht. Daraus folgt aber nicht, daß auch umgekehrt jede Verpflichtung zur Leistung einer vertretbaren Sache diese nur in genere bestimme. Sobald nun aber eine Verpflichtung auf einen zwar an sich vertretbaren, im konkreten Falle aber doch spezifisch bestimmten Gegenstand sich bezieht, wird der Grundsatz „genus non perit“ unanwendbar, und es bewendet lediglich bei den Grundsätzen, welche bezüglich der Gefahr nicht fungibler Sachen gelten. Deshalb ist hier zunächst die Vorfrage maßgebend, ob die Anfechtungsobligation bezüglich vertretbarer Sachen von vorneherein deren Zurückgabe bloß in genere erfordert. Diese Vorfrage ist zu verneinen, und zwar einfach mit Rücksicht auf die restitutorische Natur der Anfechtungsschuld; denn daß eine restitutorische Verpflichtung bezüglich nicht fungibler Sachen deren Rückgewähr in specie verlangt, wird nicht bestritten werden; genau besehen, fehlt es aber an jedem Grunde für Fungibilien eine andre Behandlung eintreten zu lassen, weil diese in jedem konkreten Falle doch ebenso nur als Spezies aus dem einen Vermögen in das andre gelangt sind[9].[10]. Wie soll es denn auch sachlich zu erklären sein, daß bei einer gesetzlichen Obligation der Empfänger einer fungibeln Sache von rechtswegen ungünstiger gestellt werden soll als

---

diktionen die herrschende Meinung; Wächter, Arch. f. zivil. Praxis 15^{123}, Sintenis 2^{543}, Vangerow § 625^3, ist demnächst von Erxleben cond. sine causa 1^{182} flg., 2^{487} flg. und Witte Bereicherungsklagen 143 flg. für Fungibilien nachdrücklich bestritten worden, jetzt aber, namentlich von Mandry, Arch. f. ziv. Prax. 48^{220}, wieder eingehend dargethan. So auch Windscheid § 424^3, Goldschmidt II. S. 21 f.

[9] Ganz ähnlich wie auch die Vindikation stets auf einen speziellen Gegenstand geht, und die Gefahr desselben, fällt sie nun dem Kläger oder dem Beklagten zur Last, jedenfalls nicht von der Vertretbarkeit des Streitobjekts abhängig ist. Vgl. auch Note 10. 18.

[10] Deshalb gilt denn auch der Satz, nach welchem bei einzelnen restitutorischen Klagen der Schuldner die Gefahr ausnahmsweise zu tragen hat, nicht blos für Fungibilien, sondern auch für Nichtfungibilien; vgl. l. 3 § 8 D. 15,3 (insula, servus) neben l. 3 § 7 eod. (frumentum) und Seuff. 4^{124}. Dies allein widerlegt die Ansicht Erxleben's und Witte's.

der einer nichtfungibeln[11] und das Gesetz die Verkürzung der Gläubiger um Summen viel schärfer ahndete als ihre Schädigung um individuell bestimmte Vermögensstücke?

Dadurch nähert sich nun die Restitutionspflicht unverkennbar der Haftung auf die Bereicherung. Man hat deshalb diese beiden Formen der Ersatzpflicht sogar für identisch erklären wollen, und hat daraus ein neues Argument für die deliktmäßige Haftung des Anfechtungsgegners herzuleiten versucht: nur bei unentgeltlichen Verfügungen sei nach positivem Rechte seine Verpflichtung auf die Herausgabe der Bereicherung beschränkt, dieselbe sei also in allen andern Fällen nicht blos restitutorisch, sondern auf Schadensersatz gerichtet[12]. Indeß mit Unrecht. Denn es bestehen noch immer sehr erhebliche Unterschiede zwischen der streng restitutorischen und der auf die Herausgabe der Bereicherung gerichteten Verbindlichkeit. Namentlich liegt dies in der Art und Weise, wie die „Konsumtion" des Gegenstandes der Zuwendung durch den Anfechtungsgegner behandelt wird. Wer zu restituiren hat, kann sich nur auf einen Zufall berufen, welcher den zurückzugewährenden Werth ihm wirklich entzogen hat. Dahin gehört aber die Konsumtion nicht. Denn indem diese in den Nutzen des Verzehrenden erfolgt, enthält sie einen Akt der Aneignung, stellt sie eine Verwendung in das eigne Vermögen im intimsten und eigentlichsten Sinne des Wortes dar. Gleichgiltig ob dadurch dem Verzehrenden eine nothwendige Ausgabe erspart wird oder nicht: das Vermögen besteht eben nicht aus todten Werthen, welche durch den Gebrauch zerstört würden, sondern es ist recht eigentlich der Gebrauch dieser Werthe selbst. Der verzehrte Werth scheidet deshalb nicht aus dem Vermögen des Verzehrenden aus, sondern er ist nunmehr erst recht Theil dieses Vermögens geworden. Bei wirklichen Restitutionsklagen gilt mithin der allgemeine von den Römern zunächst für die condictio indebiti ausgesprochene Satz[13]:

si frumentum consumpsit, pretium reddat l. 65 § 6 D. 12, 1.

---

[11] Ein positiver Beweis aus den römischen Quellen läßt sich für unsre Auffassung nicht erbringen; Mandry a. a. O. nimmt l. 65 § 6 D. 12,6 als Beweismittel in Anspruch.

[12] So z. B. Strieth. 42[189], Wilmowski 190 und für die römischen Konditionen Erxleben 1[185], 2[487] flg., Witte 141 flg. 153. Uebrigens ist die Beschränkung der Haftung des Beschenkten auf die Bereicherung, wie sie bereits die preuß. Konk.-Ordn. kannte, dort erst im Laufe der Kammerverhandlungen eingefügt. Da nun die Redaktoren des preußischen Entwurfs doch keinesfalls den gutgläubigen Geschenknehmer schlechthin auf Schadensersatz haften lassen wollten, so müssen auch sie die Haftung des Anfechtungsgegners im Allgemeinen als eine blos restitutorische aufgefaßt haben, die eine Sonderbestimmung für den Beschenkten allenfalls entbehren ließ.

[13] Dafür sprechen namentlich die Stellen, in denen bei der Kondiktion dem Beklagten die Pflicht auferlegt wird, ipsum aut tantundem zurückzugewähren: l. 7,

Im Gegensatz dazu faßt die wirkliche Bereicherungsklage das Vermögen des Verpflichteten thatsächlich nur als eine Summe noch vorhandener, noch unverbrauchter Werthe auf; von diesem Standpunkt aus ist freilich Konsumtion gleichbedeutend mit nutzloser Zerstörung, und nur für den Fall ist ein Unterschied zwischen beiden anzuerkennen, daß die Konsumtion eine Ersparniß nothwendiger Ausgaben enthält und also eine sonst unvermeidliche Verminderung des Vermögens abwehrt. In allen andern Fällen braucht dagegen der auf die Bereicherung verhaftete Schuldner verzehrte Werthe nicht zu erstatten[14]. [15].

4. Veräußerung und Konsumtion des Streitgegenstandes. Der Gegner trägt also nicht die Gefahr der angefochtenen Zuwendung. Hieraus folgt aber nicht, daß die Anfechtungsschuld durch die Fortdauer dieser Zuwendung in ihrer ursprünglichen Gestalt, insbesondere also durch den Besitz der spezifischen anfechtbar veräußerten Sache bedingt sei[16]. Denn ist man zunächst darüber einig, daß die Anfechtungsklage nicht dinglicher Natur im engern Sinne ist[17], und also begrifflich eine spezifisch gleichbleibende dingliche Unterlage entbehren kann, so fehlt es überhaupt an einem Grunde, eine solche Unterlage zu fordern. Alle Deduktionen, durch welche dennoch z. B. das preußische Obertribunal zu seiner entgegengesetzten Auffassung gekommen ist, beweisen vielmehr nur, daß zufälliger Untergang, nicht aber auch, daß absichtliche Veräußerung oder Konsumtion der Zuwendung den Anfechtungsgegner befreite. Dazu kommt, daß die Anfechtung hauptsächlich und vorzugsweise Zahlungen, also die Leistung vertretbarer Sachen betrifft, und daß diese so gut wie illusorisch werden würde, wollte

D. 12,6; l. 25 D. 19,5; weil sie offenbar enger gefaßt sein würden, wenn sie für den so gewöhnlichen Fall der Konsumtion nicht gelten sollten. So namentlich Wächter 124. So auch Brem. 44: der Werth des Anfechtungsgegenstandes ist nur zurückzuerstatten, soweit er dem Gegner „zu gut gekommen ist". — Anders Witte, S. 153 f. und auch Sintenis II. 543.

14 l. 25 § 1, 15 D. 5,3; l. 7 § 1 D. 24,1; l. 34 pr. D. 4,4.

15 Andre Unterschiede beider Klagen vgl. unten § 51 Nr. 3.

16 Auf diesem Standpunkt steht theilweise Bayern 1226, und für Preußen das Obertribunal. Entsch. 53[351]. 73[126], Strieth. 8[104]. 9[12]. 25[362]. 53[307]. 62[358]. 65[274]. 74[110]. 79[122]. [317]. 90[136]. 94[130], auch Gruch. 18[124]; ebenso Entsch. 61[419] und Strieth. 87[74], wo nur für einen einzelnen Fall die Klage gegen den Nichtbesitzer nach Art der Vindikation gegen den, der dolo desiit possidere, zugelassen wird. Dagegen R.O.H.G. 10[248]. 13[381] (betrifft nur die actio pauliana), das Reichsgericht bei Gruch. 24[1068] und bei Wallmann, Ztsch. f. preuß. Recht 719; weiter Gruch. 11[50] und das Obertribunal selbst Entsch. 31[93], Strieth. 42[189].

17 Allerdings sagt Obertrib. Entsch. 73[126]: die Anfechtungsklage trägt „den Charakter der Dinglichkeit" und auch sonst finden sich ähnliche Aeußerungen. Die wirkliche Meinung des Obertribunals wird aber dennoch die obligatorische Natur der Anfechtungsschuld nicht verkannt haben.

man den Besitz der spezifischen Objekte, welche Gegenstand der anfechtbaren Zuwendung waren, zur Voraussetzung der Anfechtung machen. Thatsächlich hat man auch diese Konsequenz von keiner Seite gezogen. Was aber für vertretbare Sachen gilt, muß auch für nicht vertretbare Sachen gelten. Denn wie wir bereits betont, hat der Begriff der Fungibilität für nicht kontraktliche Rechtsverhältnisse[18] überhaupt nicht annähernd die nämliche Bedeutung, wie sie diesem Begriff im Rahmen des Vertragsrechts zukommt, und keinesfalls kann er einen so exorbitanten Unterschied der Verpflichtung begründen, wie den, daß der Gegner bezüglich fungibler Sachen haften soll, auch wenn er sie nicht mehr besitzt, bezüglich individuell bestimmter Sachen dagegen durch willkürliche Veräußerung oder Zerstörung derselben frei würde. Auch würde das Gesetz mit dem Erforderniß fortdauernden Besitzes bei dem Gegner, selbst was nichtfungible Gegenstände angeht, die Interessen der Gläubiger in der allerempfindlichsten Weise schädigen, während es dem Gegner den erlösten Kaufpreis, den gezogenen Gewinn aus der spezifisch nicht mehr in seinem Besitz befindlichen Sache beließe, eine Konsequenz, die sich sachlich schlechterdings nicht rechtfertigen läßt[19]. Daraus folgt nun aber zur Evidenz, daß das Gesetz als Objekt der Anfechtungsschuld, an deren restitutorischem Charakter deßungeachtet streng festzuhalten ist, nicht die anfechtbare Zuwendung in ihrer — thatsächlich oder juristisch — individuell bestimmten Gestalt denkt, sondern daß die Anfechtungsobligation dem System des Reichsgesetzes entsprechend die Zuwendung nur als einen wirthschaftlichen Vorgang, eine Werthveränderung zum Gegenstande hat[20], daß sie also nur von der Fortdauer der Zuwendung im Vermögen des Gegners dem Werthe nach abhängig ist.

---

[18] Weil dieser Unterschied zunächst nur auf der präsumtiven Gleichgiltigkeit der Betheiligten gegen die einzelne fungible Spezies beruht. Bei der Kompensation, der Zinsberechnung und sonst — z. B. in dem Falle des § 48 zu Note 15 — greift der Begriff der Vertretbarkeit zwar auch in das Gebiet gesetzlicher Obligationen über, aber doch nur, weil die Gleichartigkeit der Fungibilien hier als einfaches thatsächliches Moment in Betracht kommt. Dies ist aber gerade für die hier behandelte Frage nicht der Fall, da trotz der Gleichartigkeit der Fungibilien die Veräußerung oder Zerstörung immer nur eine Spezies derselben trifft.

[19] Das Obertribunal hat zwar in den oben angeführten Entscheidungen wiederholt darauf hingewiesen, daß der Gegner, der den Besitz arglistig aufgebe, auch fernerweit verhaftet bleibe, und sieht hierin einen zureichenden Schutz der Masse. Hier wird aber immerhin ein neuer, von einem selbständigen Dolus geleiteter Veräußerungsakt vorausgesetzt, wie er in der Mehrzahl der Fälle thatsächlich nicht — oder nicht erweislich — vorliegen wird. Praktisch würde dieses Rechtsmittel also den Gläubigern wenig helfen.

[20] Gerade wie auch die Uebereinstimmung der Verkürzung der Gläubiger auf der einen, die Zuwendung an den Gegner auf der andern Seite nur in der Identität dem Werth nach besteht. Vgl. § 18 zu Note 9.

5. Haftung des Gegners für Verschulden. In einzelnen Fällen haftet der Anfechtungsschuldner auch über den noch in seinem Vermögen befindlichen Werth der Zuwendung hinaus, — nach dem allgemeinen Grundsatz, daß ein Schuldner, welcher absichtlich oder durch grobes Versehen oder sonst durch ein vertretbares Verschulden sich in die Unmöglichkeit versetzt, eine ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, Schadensersatz leisten muß. Einen Zweifel kann hier nur der Umstand veranlassen, daß das Anfechtungsrecht vielfach erst zu einer Zeit existent wird, wo der Gegner sich die Erfüllung bereits im Voraus unmöglich gemacht hat, ja, daß vorher auch nicht einmal ein bedingtes Anfechtungsrecht vorhanden zu sein, der Schuldner überhaupt noch nicht Gläubiger zu haben braucht. Trotzdem ist auch in diesen Fällen ein vertretbares Verschulden des Anfechtungsgegners möglich. Denn so anomal, so auffallend es erscheinen mag, es ist eben eine der wesentlichsten Eigenthümlichkeiten des Anfechtungsrechts, daß es von dem Verkehr im Voraus die Rücksichtnahme auf Gläubigerrechte verlangt, welche erst inskünftig entstehen sollen.

Das Maß des Verschuldens, welches der Anfechtungsgegner zu vertreten hat, bestimmt sich selbstverständlich nicht nach Landesrecht; schon deshalb, weil dieses keine jetzt noch giltigen Normen für ein so singuläres Verhältniß hat, wie es zwischen den persönlichen Gläubigern einer Person und dem Mitkontrahenten der letzteren besteht. Namentlich sind die bekannten Kategorieen des Landrechts von der Arglist bis zum geringen Versehen in dieser Form nicht mehr anwendbar, vielmehr muß das Rechtsverhältniß der Anfechtungsobligation seinen eignen Maßstab abgeben. Dieser ist in Würdigung des einzelnen Falles durch das richterliche Ermessen festzustellen. Will man einen allgemeinen Ausdruck hiefür, so läßt er sich in dem Satze geben: der Anfechtungsgegner muß diejenige Aufmerksamkeit vertreten, welche ein sorgsamer, gewissenhafter Mann — bonus pater familias — den Ansprüchen fremder Gläubiger an ihren Schuldner zuwendet, wenn er mit diesem in rechtliche Beziehungen tritt.

Voraussetzung eines Verschuldens des Gegners ist sein böser Glaube, auf den ja auch das Gesetz in einem Falle ausdrücklich eine strengere Verhaftung des Gegners gründet. In der That ist es selbstverständlich, daß derjenige, der überhaupt die Anfechtbarkeit der ihm gewordenen Zuwendung nicht kennt, auch keine Veranlassung hat, auf die Ansprüche der Gläubiger seines Autors Rücksicht zu nehmen und also auch diesen gegenüber ein vertretbares Versehen sich nicht zu Schulden kommen lassen kann. Das Wesen des guten Glaubens ist hier aber in Würdigung des eigenthümlichen Rechtsverhältnisses zu bestimmen, auf welches derselbe Anwendung finden soll. Danach darf die mala fides nicht in die vollständige Kenntniß der Anfechtbarkeit der streitigen Rechtshandlung, d. h. in die Kenntniß aller derjenigen Umstände gesetzt werden, welche für die Anfechtung wesentlich sind, denn

diese — etwa die Zahlungseinstellung, die Konkurseröffnung — treten vollständig erst zu einer Zeit ein, wo der böse Glaube praktisch kaum mehr von Bedeutung sein wird. Sie darf aber andrerseits auch nicht mit der bloßen Kenntniß des streitigen Rechtsaktes selbst und derjenigen Eigenschaften desselben identifizirt werden, welche für ihn die Eventualität der Anfechtbarkeit begründen; denn ein jeder, der wissentlich ein Geschenk annimmt, muß wissen, daß dasselbe durch den Bankerott des Schenkers innerhalb einer einjährigen Frist anfechtbar werden würde, wäre also in diesem Sinne schlechtgläubig, und doch erachtet das Gesetz, wenn es für den gutgläubigen Geschenknehmer eine besondere mildere Haftung anordnet, den bösen Glauben desselben offenbar nicht blos in dem Falle für ausgeschlossen, wo er die Schenkung überhaupt nicht kennt oder sie für eine entgeltliche Leistung hält. Braucht also der Anfechtungsgegner einerseits nicht alle die Anfechtbarkeit bedingenden Momente zu kennen und genügt andrerseits die Kenntniß des einen hauptsächlichsten Momentes, — des anfechtbaren Aktes selber — nicht, so läßt sich der böse Glaube des Gegners eben nur aus den Umständen des konkreten Falles feststellen. Der böse Glaube bedeutet also im Grunde nur, daß der Gegner nach Lage der Sache als ordentlicher Mann die Gefahr der Anfechtung hätte in Erwägung ziehen müssen[21]. [22]. Dazu kann unter Umständen die Kenntniß des anfechtbaren Aktes mit seinen charakteristischen Merkmalen oder auch nur eines Theiles dieser Merkmale genügen, etwa bei der Anfechtung einer Zahlung oder bei der paulianischen Anfechtung — K.O. § 23¹. 24¹ —. In andern Fällen, bei der Schenkung, bei Verträgen unter Verwandten, den Gratifikationen — K.O. § 25. 24². 23² — reicht dagegen diese Kenntniß nicht aus, und es ist weiter nöthig, daß noch andere charakteristische Momente — der Vermögensverfall des Schuldners, die offenbare Nachtheiligkeit des Geschäftes für ihn u. s. f. — dem Anfechtungsgegner bekannt gewesen sind.

Daß übrigens der gute Glaube stets im positiven Sinne — als redliche Ueberzeugung — zu nehmen ist, ist nach Sinn und Zweck des Anfechtungsrechts zweifellos. Ein bloßes leichtfertiges Nichtwissen oder besser Nichtwissenwollen steht also der wirklichen Kenntniß der Anfechtungsgefahr in dieser Beziehung gleich.

Den guten sowohl wie den bösen Glauben des Gegners muß derjenige

---

[21] Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator. l. 39 D. 39,6.

[22] A. M. Jäckel 161 flg., der unter gutem Glauben die Unkenntniß von der Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu schädigen, versteht. Dies beruht auf einer sehr einseitigen Hervorhebung eines der mehreren die Anfechtung bedingenden Momente. Vgl. noch Dernburg II, 329².

beweisen, welcher im einzelnen Falle das Vorhandensein des einen oder des andern behauptet und Rechte aus demselben für sich herleitet. Der Regel nach wird also der Anfechtungsberechtigte den bösen Glauben des Gegners beweisen müssen; und insofern läßt sich sagen, daß die Vermuthung für den guten Glauben desselben spreche. Allgemein giltig ist dagegen diese Vermuthung nicht, und sie versagt namentlich da, wo es der Gegner selber ist, welcher aus seinem guten Glauben besondere Rechte für sich herleitet, namentlich, wenn er seine Haftung auf seine Bereicherung beschränkt wissen will[23].

6. Subsidiäre Anwendung des bürgerlichen Rechts. Die bisher entwickelten Prinzipien bestimmen nicht blos im Großen und Ganzen den Inhalt der Anfechtungsschuld, so, daß sie den Rahmen abgeben, welchen dann erst das bürgerliche partikulare Recht auszufüllen hat. Sie regeln die Anfechtungsschuld vielmehr erschöpfend, und jede Entscheidung einer Einzelfrage ist lediglich aus diesen Prinzipien durch konsequente Weiterentwickelung derselben abzuleiten. Das folgt aus dem Grundgedanken des Reichsgesetzes, einheitliches Recht zu schaffen. Es folgt aber namentlich auch aus dem weiteren, oben bereits berührten Umstande, daß das bürgerliche Recht für ein so singuläres Rechtsverhältniß, wie das der Anfechtungsobligation, gar keine zutreffenden Bestimmungen aufgestellt haben kann, es wäre denn in den inzwischen aufgehobenen speziellen Anfechtungsgesetzen[24].

III. Spezielle Verpflichtungen des Anfechtungsgegners.

1. Im Konkurse.

§ 45.

1. Aktiv- und Passivlegitimation. Der Anfechtungsanspruch gründet sich — von dem Berechtigten aus gesehen — außer auf die Thatsache der anfechtbaren Handlung auf die Angabe des faktischen Zustandes, welcher durch den anfechtbaren Akt zum Nachtheil der Gläubiger verändert ist, und es wird hierdurch der Antrag auf Beseitigung der Veränderung, d. h. auf Wiederherstellung des frühern Zustandes schlüssig begründet. Eine rechtliche Qualifikation des letzteren ist nur insoweit erforderlich, als ohne dieselbe die Verkürzung der Gläubiger nicht zu beweisen ist, namentlich also

---

[23] Vgl. § 51 Nr. 4a darüber, daß in den Fällen, wo der Anfechtungsgegner zur Abwendung der Anfechtung seine Sachunkenntniß zu beweisen hat — § 23². 24² —, nicht etwa gleichfalls sein böser Glaube präsumirt wird. Vgl. § 24 zu Note 19.

[24] So namentlich Völderndorff I. 343 f., Gruchot 26¹⁶⁷, wogegen fast sämmtliche Kommentare — z. B. Sarwey 169, Wilmowski zu § 30 — die Detailfragen mehr oder weniger nach Maßgabe des Partikularrechts beantworten. Für gewisse Fragen müssen freilich auch wir partikulares Recht berücksichtigen. Z. B. § 45 Nr. 3e.

wenn das zu restituirende Objekt eine Forderung gegen einen Dritten oder gegen den Anfechtungsschuldner selbst ist[1]; ebenso dann, wenn der Verwalter auf die Wiederherstellung gerade eines bestimmten Rechtsverhältnisses Werth legt.

Dagegen ist in Bezug auf die Passivlegitimation des Schuldners weiter noch der Umfang und die Art der Zuwendung anzugeben, welche diesem durch den anfechtbaren Akt zu Theil geworden; denn nur insoweit ist er restitutionspflichtig[2, 3]. Wird insbesondere von ihm die Rückgabe beweglicher Sachen verlangt, so ist deren Uebergabe an ihn zu beweisen, und es genügt nicht etwa, blos den Abschluß des Kaufvertrages darzuthun; denn dieser gab dem Erwerber nur eine dingliche oder gar nur eine persönliche Klage auf den Kaufgegenstand, und er wird deshalb seiner restitutorischen Verpflichtung gerecht, wenn er diese seine Klage der Masse zurückgewährt, d. h. erläßt. Auch daß der Erwerber von der Zeit des Kaufabschlusses ab die Gefahr der gekauften Sachen trägt, erweitert seine Verpflichtung dem Anfechtungskläger gegenüber nicht und befreit diesen auch nicht von dem Beweise der erfolgten Uebergabe. Denn der Uebergang der Gefahr hat eigentlich nur für die Zahlung des Entgelts Bedeutung oder doch nur für die kontraktlichen Beziehungen der Vertragsparteien unter sich; überdies kann dieser Uebergang der Gefahr auf den Erwerber keine Rechte für denjenigen begründen, der den Kaufvertrag und damit auch den Rechtsgrund für unwirksam erklärt, auf welchem jene Uebertragung der Gefahr allein beruht.

2. Die Art der Rückgewähr ergiebt sich wesentlich aus der Beziehung, in der die durch den anfechtbaren Akt hervorgebrachte Verkürzung der Gläubiger und der damit verbundenen Zuwendung an den Gegner steht. Sie stellt sich meist als eine Wiederholung der angefochtenen Rechtshandlung, nur in umgekehrter Richtung unter Wechsel der Parteirollen dar[4, 5].

Auch sie geht deshalb nach einem doppelten Schema vor sich, je nachdem sie der Masse ein positives Vermögensrecht, welches aus ihr aus-

---

[1] Vgl. oben § 43 zu Note 12. Uebrigens ist auch in diesen Fällen genaue Substanzirung der Forderung nicht nöthig. Es muß nur erhellen, daß die Gläubiger ein Interesse daran haben, diese Forderung dem Schuldner zu erhalten.

[2] Wird also ein Pachtvertrag mit der Behauptung angefochten, derselbe sei zum Nachtheil der Gläubiger simulirt und Beklagter gar nicht im Pachtbesitz gewesen, so kann derselbe auch nicht zur Rückgewähr des Pachtgutes und der Früchte verurtheilt werden. Entsch. 73[126].

[3] Bei der Präjudizialklage interessirt natürlich der Umfang der Zuwendung nicht, wohl aber die Art derselben, da davon das Interesse des Klägers abhängt.

[4] Vgl. S. 86 flg.

[5] Grützmann S. 223 läßt bei Mobilien für die Masse nur ein Pfandrecht entstehen, verlangt dagegen bei Immobilien Eigenthumsübergabe.

geschieden, „veräußert" ist, zurückgiebt oder sie rein negativ von einer Belastung befreit, welche durch die angefochtene Handlung auf sie gelegt war.

Wichtiger ist ein anderer Unterschied: ob nämlich der Inhalt der Verkürzung einer- und der der Zuwendung andrerseits sich genau deckt oder nicht. Ersteres ist der Fall, wenn die anfechtbare Handlung in der Uebertragung des Sachbesitzes oder anderer Rechte besteht, wo dann die Verpflichtung des Gegners einfach auf Rückübertragung gerichtet ist. Etwas anders ist die Sachlage schon dann, wenn der streitige Akt ein Recht nicht überträgt, sondern — sei es nun als Nießbrauch, Pfandrecht, persönliche Schuld — neu konstituirt: alsdann hat der Gegner in die Aufhebung der konstituirten Rechte zu willigen, und nur ausnahmsweise wird dies nach Partikularrecht, etwa bei der Bewilligung der Löschung einer Hypothek, die Bedeutung einer Rechtsübertragung, einer Zession haben[6]. Ein dritter Fall ist der, daß der Kridar ein Recht aufgegeben hat, ohne es zu übertragen oder ein neues zu konstituiren, insbesondere bei dem Erlaß einer persönlichen Schuld[7]: hier hat der Gegner die Belastung auf seiner Seite und die entsprechenden Befugnisse des Gläubigers wieder herzustellen, ein Akt, der meist durch ein einfaches Anerkenntniß oder durch ein obsiegliches Urtheil im Anfechtungsprozeß ersetzt wird, der aber immerhin, wenn das vom Kridar aufgegebene Recht etwa eine zur Zeit der Anfechtung noch nicht fällige Hypothek ist[8], eine selbständige Bedeutung erlangen kann. Der vierte und schwierigste Fall ist der, wo die Zuwendung in dem Vermögen des Gegners überhaupt eine rechtliche Gestalt nicht angenommen hat, sondern rein thatsächlich in einer Werthverhöhung dieses Vermögens besteht. Veräußerung und Zuwendung sind hier völlig inkongruent, eine eigentliche Rückgewähr in ihrem zweiseitigen Sinne ist nicht möglich. Deshalb ist hier dasjenige, was allein beiden Seiten gemeinsam, der Vermögenswerth der Veräußerung bis zu dem Betrage der ursprünglichen Zuwendung an die Gläubiger zurückzugeben.

Selbstverständlich geht die Rückgewähr zunächst auf die individuellen Gegenstände der angefochtenen Leistung des Kridars[9]; und erst wenn diese nicht vorhanden oder wie in dem letztbesprochenen Falle überhaupt nicht in das Vermögen des Gegners gelangt sind, kommt ihr Ersatz insbesondere durch Geld in Frage. So lange der individuelle Gegenstand der streitigen

---

[6] Vgl. unten § 63 Nr. 3.

[7] Der Schuldner hat einen Alimentenanspruch anfechtbar aufgegeben, — vgl. oben § 15 Anm. 1 —; dann hat der Gegner die Gläubiger von der Verpflichtung zu befreien, dem Schuldner den nothwendigen Unterhalt zu belassen.

[8] Diese ist auf den Namen des Schuldners einzutragen, jedoch unter Vormerkung des gegnerischen Anspruchs, die Hypothek gegenüber allen andern Personen als den Konkursgläubigern als unwirksam zu behandeln.

[9] Seuff. 4[124] bezüglich der condictio indebiti.

Leistung noch vorhanden ist, hat also der Gegner kein Recht, an Stelle desselben ein Surrogat zu geben; auch bei fungibeln Sachen nicht, weil, wie mehrfach betont, der schwankende Begriff der Fungibilität meist nur für die Auslegung der Parteierklärungen von Bedeutung ist, bei außerkontraktlichen Verpflichtungen aber regelmäßig unberücksichtigt bleibt.

Bei alledem kann der Gegner sich in einzelnen Fällen, etwa wenn ein Schuldversprechen des Kridars angefochten wird, welches noch nicht erfüllt ist, ganz passiv verhalten, und in andern, z. B. bei der Anfechtung eines Schulderlasses, tritt er erst dann in Thätigkeit, wenn der unmittelbare Inhalt des Anfechtungsanspruches, die Wiederherstellung der erlassenen Forderung, sich erledigt hat. Prinzipiell verlangt aber das Gesetz von ihm nicht blos Gestattung der Rücknahme, sondern „Rückgewähr“, eine positive Handlung also, und deshalb kann gegebenen Falles auch für die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes eine positive Thätigkeit von ihm verlangt werden[10]. Bei der Rückgabe körperlicher Sachen gestaltet sich dies zu der Verpflichtung einer förmlichen Uebergabe, bei der Rückgabe von Orderpapieren zu der Verpflichtung eines Rückgiro bez. einer Annullirung des früheren Giro; bei Akten, die in das Bereich des Grundbuchrechts fallen, ist der Gegner endlich je nach Lage des Falles zu der Abgabe einer Eintragungs- oder Löschungsbewilligung verpflichtet. Immerhin ist aber nur wirkliche Rückgewähr nothwendig; der Abschluß eines neuen Vertrages, insbesondere eines Rückverkaufs, kann also nicht gefordert werden.

3. Ist der Gegner nicht mehr im Besitz der angefochtenen Zuwendung[11], wie dies namentlich bei Geschäften über vertretbare und verzehrbare Sachen regelmäßig der Fall sein wird, so sind drei Fälle zu unterscheiden.

a) Der Gegenstand der Zuwendung ist zwar individuell nicht mehr vorhanden, ist aber in das Vermögen des Gegners verwendet. Dann ist der Werth dieser Verwendung als Surrogat des eigentlichen Schuldgegenstandes zu vergüten. Nicht blos wenn dieser Werth als Kaufpreis[12] oder bei der Besorgung nothwendiger Ausgaben durch die Erhaltung anderer Werthobjekte äußerlich als Bestandtheil des Vermögens nachweisbar bleibt; sondern auch dann — und gerade dann —, wenn der ursprüngliche Gegenstand der Zuwendung bestimmungsmäßig konsumirt ist. Und zwar gehört ersichtlich nicht blos der Verbrauch im engern Sinne, sondern auch das Ausgeben von Geld und das Verschenken von Geld und andern Sachen hierher[13].

---

[10] So ausdrücklich — daß also das bloße Dulden der Subhastation des anfechtbar veräußerten Grundstücks nicht genügt — Strieth. 52[303].

[11] Die Beweislast trifft den Gegner. Strieth. 79[122].

[12] A. M. Korn 186.

[13] Dies ist prinzipiell oben § 44 Nr. 4 abgeleitet.

Im Fall der Konsumtion ist natürlich nicht schlechthin der Tagespreis der verzehrten Werthobjekte zu erstatten, sondern es kommt auf den Werth an, welchen der Genuß, die Befriedigung des Bedürfnisses, welche Dank der Konsumtion stattfand, hatte. Dieser Werth bestimmt sich aber zunächst gerade nach dem Opfer, welches der Verzehrende dafür gebracht hat, weil gerade hieraus hervorgeht, wie hoch er den gegönnten Genuß geschätzt hat, und er selbst doch zunächst die zuständige Instanz zur Werthschätzung seiner Bedürfnisse ist. Der Regel nach wird also der Werth der Verwendung mit dem Tagespreise der verwendeten Güter übereinstimmen. Daneben muß es dem Gegner aber stets überlassen bleiben, nachzuweisen, daß seine Schätzung irrthümlich gewesen sei, und es muß alsdann der Werth als maßgebend erscheinen, den ein vernünftiger Mensch bei gleicher Sachlage konsumirt oder verwendet haben würde.

b. Den Gegensatz zu der vorigen Gruppe bilden die Fälle, in denen ein Werth wirklich untergegangen ist. Hierher gehört jede zufällige und absichtliche Zerstörung oder jeder anderweite Verlust des Gutes, der nicht eine Folge der bestimmungsmäßigen Verwendung desselben ist, ohne daß sie ein vertretbares Verschulden des Gegners enthält. Eine bewegliche Sache etwa, die der Gegner anfechtbar erkauft hat, verbrennt bei ihm oder wird gestohlen, eine ihm zedirte Grundschuld des Kridars fällt bei der Subhastation des belasteten Grundstückes vollständig aus, Verwendungen, welche der Kridar in sein anfechtbar verkauftes Grundstück gemacht, werden durch eine die Erndte vernichtende Ueberschwemmung völlig nutzlos. Hier ist die Rückgabe der Zuwendung, da sie auch dem Werth nach dem Gegner verloren gegangen ist, nicht mehr möglich, und deshalb die Anfechtung gegenstandslos[14].

c. Anders wenn den Anfechtungsgegner ein Verschulden trifft. Dann hat er, soweit dieses Verschulden reicht, den Berechtigten dafür zu entschädigen, daß er selber die Erfüllung der eignen Verpflichtung sich unmöglich gemacht hat. Und zwar zunächst in den zu b gedachten Fällen, in welchen die Zuwendung vollständig verloren gegangen ist; ebenso aber auch für die Fälle a, sobald das Surrogat, welches an Stelle der Zuwendung getreten ist, dem Werthe derselben nicht gleichkommt, und diese Differenz auf einem Verschulden des Anfechtungsgegners beruht. Dahin gehört, daß er zu billig veräußert[15], oder daß er für Bedürfnisse irgendwelcher Art zu hohe dem Werthe derselben nicht entsprechende Verwendungen gemacht hat.

Hieran sind noch einzelne Erörterungen anzuschließen.

---

[14] Vgl. die prinzipielle Ableitung oben § 44 Nr. 3.

[15] Dagegen verlangt Dän. 20 event. die Wertherstattung (det Modtagne eller dets Värdi) auch ohne Verschulden des Gegners. Ueber die schwankende franz. Praxis vgl. oben S. 244[2].

d. Ist die Verpflichtung des Anfechtungsgegners auf Erstattung des Werths der ursprünglichen Zuwendung gerichtet, so ist auch dessen Untergang möglich. So wenn die Möbel, welche der Gegner sich mit dem anfechtbar gezahlten Gelde des Gemeinschuldners gekauft hat, durch Brandunglück vernichtet werden, oder wenn jener das anfechtbar erkaufte Waarenlager des Kridars weiter veräußert und nunmehr den kreditirten Kaufpreis durch Insolvenz des neuen Abkäufers einbüßt. Hier ist nun zu unterscheiden: War der vernichtete Werth nur als Surrogat der ursprünglichen Zuwendung verschuldet — Fall a —, so ist die Verpflichtung auf Herausgabe desselben restitutorischer Art, ihre Erfüllung also durch die Vernichtung des Surrogats unmöglich gemacht, und, falls nicht ein Verschulden des Gegners mitunterläuft, die Anfechtungsobligation erloschen[16]. War dagegen der Werth als Schadensersatz zu leisten — Fall c —, so liegt einfach eine Verpflichtung zu einer generischen Leistung, eine Summenschuld vor, sie wird also durch einen Zufall nicht berührt, welcher das etwaige an die Stelle der ursprünglichen Zuwendung tretende Surrogat trifft. Namentlich da, wo schon die Veräußerung oder die Konsumtion der ursprünglichen Zuwendung ein Verschulden des Gegners darstellt, ist dies wichtig, und deshalb festzuhalten, daß die Anfechtungsobligation sich in diesen Fällen in eine Summenschuld verwandelt hat.

e. Die Obligation auf Schadensersatz — Fall zu c — hat ihre Basis nicht in der besondern Natur der Anfechtungsschuld oder überhaupt in einem Institut des Reichsrechts und ist deshalb aus dem Partikularrecht näher zu bestimmen. Namentlich hängt davon ab, ob Ersatz in Geld oder unmittelbare Wiederherstellung des frühern Zustandes verlangt werden kann. Weiter ob der Gegner sich durch den Beweis entlasten kann, daß der nachtheilige Zufall auch bei dem Kridar eingetreten wäre, und ob im Falle der letztere Beweis gelingt, noch weiter zu beweisen ist, daß die Masse oder der Kridar dem Zufalle nicht anderweit, namentlich durch rechtzeitige Veräußerung vorgebeugt haben würde[17].

f. Auch wenn die Erfüllung der Anfechtungsobligation unmöglich ist, kann die Masse ein Interesse daran haben, dennoch die Anfechtung prozessualisch geltend zu machen, namentlich wenn die Eventualität nicht ausgeschlossen ist, daß der Gegner seinerseits Ansprüche aus dem anzufechtenden Geschäfte gegen die Masse herleiten könnte. Sobald ein Interesse dieser Art beweisbar ist, kann die Masse ihr Anfechtungsrecht im Wege der Präjudizialklage geltend machen[18].

---

[16] Vangerow (Aufl. 7) Bd. 3 § 625³. A. M. — kaum in Konsequenz mit seiner sonstigen Auffassung Mandry Arch. f. ziv. Pr. 48²³².

[17] Vgl. R.O.H.G. 8¹¹³. 21²⁴¹, Dernburg II. 167.

[18] Enger Strieth. 9¹².

4. Die Verschlechterung des Streitgegenstandes nach Qualität oder Quantität ist ähnlich zu behandeln wie der vollständige Verlust desselben. Hierher gehört[19] jede Beschädigung von Waarenbeständen, die Nichterneuerung des landwirthschaftlichen Feldinventars, der Kursniedergang von Werthpapieren, der Vermögensverfall des Schuldners einer anfechtbar zedirten Forderung des Kridars, endlich auch die Belastung des anfechtbar erkauften Grundstückes mit Hypotheken. In allen diesen Fällen ist genau zu scheiden:

a. Hat sich der Zustand der Zuwendung nur spezifisch verschlechtert, die Werthdifferenz wird aber, ganz oder theilweise, durch eine Vermehrung des anderweiten Vermögens des Gegners ausgeglichen, so ist auch diese Differenz dem Werth nach zu erstatten. Dahin gehört insbesondere die Aufnahme von Hypotheken auf das anfechtbar erkaufte Grundstück, insoweit der Anfechtungsgegner dadurch Valuta empfangen oder eine Schenkung gemacht oder sonst über die Kreditkraft des Grundstücks bestimmungsmäßig disponirt hat[20], Fälle, in denen unserm Prinzip gemäß zwar nicht die Hypothek zur Löschung zu bringen, wohl aber der Werth derselben zur Masse zu erstatten ist[21].

b. Ist die Verschlechterung ohne einen Werthumsatz der eben bezeichneten Art eingetreten, so ist, dem restitutorischen Charakter der Anfechtungsschuld entsprechend, deren Erfüllung unmöglich gemacht, und der Schuldner insoweit befreit. Nur ist natürlich die Rückgewähr in verschlechtertem Zustande ein Minus gegen die eigentliche ordnungsmäßige Rückgewähr, die Verpflichtung zur ersteren also in der Verpflichtung zur letzteren enthalten, und der Anfechtungsschuldner deshalb mindestens zur Herausgabe der Zuwendung in dem gegenwärtigen verschlechterten Zustande verbunden.

c. Liegt endlich ein Verschulden des Anfechtungsgegners vor, so ist er auch hier nach Maßgabe des Partikularrechts zum Schadensersatz verbunden. Statuirt das Partikularrecht insbesondere eine Verpflichtung desjenigen, den ein Verschulden zum Schadensersatz verbindet, den früheren Zustand unmittelbar wiederherzustellen, so unterliegt auch der Anfechtungsgegner dieser Verbindlichkeit; namentlich ist er in diesem Falle, immer ein vertretbares Verschulden auf seiner Seite vorausgesetzt, auch verpflichtet, die Hypotheken, mit denen er das anfechtbar erkaufte Grundstück belastet hat, direkt zur Löschung zu bringen[22].

---

19 Außer den bereits oben Nr. 3a erwähnten Fällen eines Verkaufs unter dem Preise und einer dem Sachwerth nicht entsprechenden Konsumtion.

20 Im Gegensatz etwa zu Hypotheken, die gegen den Kridar in der Zwischenzeit zwischen Kauf und Auflassung oder die gegen den Anfechtungsschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen sind.

21 Vgl. Nr. 3 zu a.

22 Im Gegensatz zu dem Falle der vorigen Note. Die bisherige Praxis unter-

5. Wertherhöhung. Schwieriger wie diese Verhältnisse liegt der umgekehrte Fall, daß die Zuwendung im Vermögen des Anfechtungsgegners seit der Zeit der anfechtbaren Handlung eine Verbesserung, eine Wertherhöhung erfahren hat. Das markanteste Beispiel ist eine Kurssteigerung von Inhaberpapieren oder der Verkauf der anfechtbar erworbenen Sache zu einem ihren damaligen Werth übersteigenden Preise. Hierher gehört aber auch weiter der Fall, daß die Zuwendung, welche bei dem Gegner erhalten oder bei ihm durch eigenes Verschulden verloren ist, auch bei dem Kridar oder nur bei ihm ohne die anfechtbare Veräußerung untergegangen wäre. Streng konsequent und dem Charakter eines restitutorischen Anspruches gemäß kommt eine derartige zufällige Verbesserung oder Erhaltung dem Anfechtungsgegner zu gut. Die Masse dagegen, die eben nur das zu beanspruchen hat, was ihr entzogen ist, hat darauf kein Anrecht[23. 24]. Man halte dem nicht entgegen, daß das positive Recht in andern Fällen, namentlich bei der Vindikation, zu einem entgegengesetzten Resultat kommt und jede zufällige Verbesserung — vorbehaltlich spezieller Ersatzansprüche des Gegners — dem Kläger zufallen läßt.. Denn dies liegt eben im Wesen des Eigenthums, und der Satz: casum sentit dominus — den man gewöhnlich für falsch hält, weil er zweifellos nicht erschöpfend ist, — stellt ganz richtig den inneren Zusammenhang zwischen Eigenthum und Zufall dar: es liegt in der Tendenz des Eigenthums, seinen Gegenstand in der Totalität seiner Beziehungen zu erfassen, daß jedes zufällige Ereigniß, welches diesen Gegenstand betrifft, soweit nicht ein spezieller Ausnahmegrund vorliegt, eben das Eigenthum treffen muß, ganz gleichgiltig, ob das Ereigniß vortheilhaft oder nachtheilig ist. Deshalb fordert denn der Vindikant die Sache so, wie sie sich zufällig gestaltet hat. Wer dagegen nur einfach Restitution des früheren Sachverhältnisses verlangen kann, hat auf die zufällige Wertherhöhung keinen Anspruch, und es kommt deshalb dieser Zufall dem Besitzer zu gut[25].

Die Durchführung dieses Prinzips reiner Restitution kann im Einzelnen recht schwierig sein. Wo die Verbesserung unbeschadet des beiderseitigen Interesses weggenommen werden kann, bewendet es natürlich bei dem

---

schied beide Fälle nicht, vielmehr beantworte R.O.H.G. 11[402]. 18[70] die Frage in dem Sinne wie wir zu c, Entsch. 13[126], Strieth. 52[303] dagegen in dem Sinne wie wir zu a.

23 A. M. Völderndorff I. 343[4]. Vgl. unten § 51 Note 10.

24 Anders, wenn dem Kridar bereits ein erworbenes Recht auf die Wertherhöhung zustand, z. B. das Recht auf Umtausch gewisser Aktien gegen andere. Vgl. § 50 Nr. 3.

25 Damit erledigt sich auch — natürlich in verneinendem Sinn — die Frage, ob auch eine vorübergehende Wertherhöhung, etwa bei kurshabenden Papieren, zu erstatten ist.

ius tollendi. Wo dies nicht angeht, hat der Gegner dagegen nur den Werth der ursprünglichen Zuwendung zu erstatten und kann den inzwischen veränderten spezifischen Gegenstand derselben behalten. Da, wo die Verbesserung im Gegensatz zu dem früheren Zustande den hauptsächlichen Werth der Zuwendung darstellt, — der Gegner hat etwa auf dem ihm geschenkten Areal ein Haus aufgeführt —, wird man das nicht bestreiten. Streng konsequent muß aber das Gleiche auch bei kleinen Verbesserungen gelten, da diese, ebenso wie durchgreifende Meliorationen, die Restitution der Zuwendung in ihrem ursprünglichen Zustande unmöglich machen, und auch sie berechtigen also den Gegner, statt des spezifischen Anfechtungsgegenstandes den ursprünglichen Werth desselben zu erstatten. Hat endlich der Gegner durch eignes Verschulden die Erfüllung seiner prinzipalen Verpflichtung sich unmöglich gemacht, so muß er, soweit es geht, die Möglichkeit der Erfüllung wieder herstellen: er kann also auf dem Wege des Schadensersatzes zur Fortnahme der Verbesserung, eventuell unter Zerstörung derselben, angehalten werden.

6. Theilweise Anfechtbarkeit. Ein gleichmäßig wiederkehrender Fall derselben ist, daß der Schuldner ein seinen Gläubigern insgesammt nachtheiliges Geschäft gerade mit einem Gläubiger abschließt und dabei selbstverständlich dessen Forderung zur Tilgung bringt[26]. Alsdann ist der paulianischen Anfechtung gegenüber das Geschäft jedenfalls in Höhe der gegnerischen Forderung giltig, und nur in Betreff des Ueberschusses anfechtbar. Ist nun die Leistung des Schuldners theilbar, — etwa als eine Zahlung baaren Geldes —, so ist auch nur der anfechtbare Theil derselben vom Gegner zurückzugewähren. Ist die Leistung dagegen nicht theilbar, so ist der Werth derselben zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Anfechtungsgegner entsprechend zu theilen. Nur fragt es sich, wenn die Leistung des Schuldners sich noch in specie beim Gegner befindet, wem diese alsdann zuzutheilen ist.

Das theilweise Anfechtungsrecht der Gläubiger darf alsdann nicht ohne Weiteres dem Recht des Gegners auf den fortdauernd giltigen Theil des Geschäfts vorgezogen werden; beide Ansprüche stehen sich vielmehr zunächst gleichberechtigt gegenüber, und bei der unlösbaren Kollision derselben kann offenbar nur das ältere meist dingliche Recht des Gegners dem jüngeren, obligatorischen Recht der Gläubiger vorgezogen werden[27]. Wir

---

[26] Oder es vergleicht sich z. B. trotz K.O. § 23[2] der Schuldner mit einem Gläubiger dahin, daß er ihm auf seine Gesammtforderung, von der 6000 Mark fällig, 8000 Mark noch betagt sind, 10 000 Mark gegen Saldoquittung zahlt.

[27] Strietshorst 76[132] erklärt das ganze Geschäft für anfechtbar. Aehnlich Bédarride 123. Dies läßt sich auch vom Standpunkt der Richtigkeit, nicht aber von dem der Anfechtbarkeit rechtfertigen. Vgl. unten § 58 Nr. 1.

belassen also die spezielle Leistung des Schuldners dem Gegner und gewähren den Gläubigern nur einen Anspruch auf den Werthüberschuß. Anders steht es natürlich mit dem sog. negotium cum donatione mixtum. Denn dieses ist, wie wir oben ausgeführt, — nicht immer, aber häufig — trotz der in demselben enthaltenen Gegenleistung des Schuldners in vollem Umfang unentgeltlich, und in diesen Fällen auch in vollem Umfange anfechtbar[28].

7. Restitution befristeter Rechte. Der Anfechtungsgegner braucht den Anfechtungsgegenstand nur mit den Mängeln und Beschränkungen zurückzugewähren, welche ihm schon zur Zeit der Zuwendung anhafteten. Waren die Rechte, welche der Kridar aufgab, bedingt oder befristet, so sind sie deshalb nur mit der gleichen Bedingung, mit der gleichen Befristung zurückzugewähren. Es kann deshalb sein, daß die Erfüllung der Anfechtungsschuld dadurch unmöglich wird, daß das anfechtbar veräußerte Recht durch Ablauf seiner Frist oder durch Eintritt einer auflösenden Bedingung ohne den anfechtbaren Akt erloschen wäre oder wirklich erloschen ist.

Dies gilt jedoch mit einer Maßgabe, welche, so wichtig sie ist, bisher kaum erörtert worden ist[29]. Der Ablauf der Frist bedeutet nämlich nicht immer den Untergang des streitigen Rechtsverhältnisses im wirthschaftlichen Sinne, sondern nur eine Verwandelung seiner juristischen Form unter Fortdauer seines wirthschaftlichen Werthes. Wenn insbesondere der Schuldner, welcher unter der Bedingung des Erbschafts-Antrittes binnen sechs Wochen zum Erben eingesetzt ist, diese Erbschaft innerhalb der gesetzlichen Frist zu Gunsten des Nacherben ausschlägt, so kann dieser allerdings das Recht des Erbschaftserwerbes nach Ablauf der sechswöchentlichen Frist nicht mehr wirksam restituiren; er hat aber nunmehr die Erbschaft selbst herauszugeben, denn in diese hat inzwischen jenes vom Schuldner aufgegebene Recht nach dem Uebergang auf den Nacherben sich umgesetzt[30]. Betrifft die Anfechtung weiter den Erlaß einer Forderung, so würde diese, in der Weise wiederhergestellt, wie sie vor dem Erlaß bestand, häufig durch den inzwischen erfolgten Ablauf einer Verjährungs- oder Protestfrist nicht mehr wirksam sein. Indeß hat der Gegner gerade dadurch einen Gewinn erzielt, daß inzwischen die kritische Frist abgelaufen und Dank des vorher erklärten Erlasses die Frage schlechterdings nicht mehr zu entscheiden ist, ob die Frist

---

28 Meist wird hier umgekehrt nur eine theilweise Anfechtung zugestanden. Wilmowski 170, Otto 133, Sarwey 180.

29 Die Mot. 117. 147 und ihnen folgend die meisten Kommentare, Petersen 122, Hartmann 77 u. s. f. lehren allgemein, die Anfechtung habe auf den Lauf der Fristen keinen Einfluß.

30 Aehnlich ist, wenn die Ablehnung einer bindenden Offerte — vgl. § 16 Nr. 3 d — angefochten wird, nicht das Recht auf Annahme derselben, sondern nur der Gewinn, der durch die Ablehnung der Masse entzogen bez. dem Gegner erhalten ist, zu erstatten.

ohne das Zwischentreten des anfechtbaren Aktes wirksam unterbrochen sein würde. Dieser Gewinn also ist den Gläubigern zu erstatten, d. h. es ist der Werth der erlassenen Forderung zu vergüten[31].

8. Konkurs des Gegners. Der Anfechtungsgegner ist rein obligatorisch zur Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes verpflichtet und gilt bis dahin der Regel nach als Eigenthümer oder doch als redlicher Besitzer desselben. Der Anspruch der Gläubiger verlangt also von dem Gegner keineswegs die Herausgabe eines ihm „nicht gehörigen Gegenstandes" und gilt somit, falls auch der Gegner in Konkurs verfällt, seiner Konkursmasse gegenüber nicht als Aussonderungsanspruch. Der Regel nach werden sich also die Anfechtungsgläubiger in diesem Falle mit einer Dividende der Anfechtungsobligation begnügen müssen[32].

Es kann auch ein gegenseitiges Anfechtungsrecht zweier Massen bezüglich einer und derselben Handlung vorkommen. Zwei Brüder verabreden z. B. angesichts ihrer Insolvenz, daß der eine nach Amerika flüchten, der andre aber unter dem Vorgeben, er sei gleichfalls von seinem Bruder betrogen, einstweilen zur Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen im Inlande bleiben solle; dabei giebt letzterer dem Flüchtigen eine erhebliche Geldsumme als Darlehn mit und bucht sie in seinen Handelsbüchern als eine Zahlung auf fingirte Forderungen des Kridars. Wenn es nun zum Konkurse über beide Fraudanten kommt, sind offenbar ihre beiden Massen geschädigt: die eine, weil sie ein Darlehn zurückzahlen soll, dessen Valuta ihr nicht zu Gute gekommen ist, die andere, weil sie durch die Verrechnung des Darlehns auf fingirte Forderungen des Darlehnsnehmers gleichfalls um die Darlehnsvaluta gebracht wird. Die Behandlung solcher Fälle ist zweifelhaft. Uns erscheint es konsequent, ohne Rücksicht auf die Priorität der Konkurseröffnung oder der Anfechtungserklärung bezüglich einer der Massen, beiden das ihnen gesetzlich zukommende Anfechtungsrecht zu belassen. Beide Ansprüche werden sich alsdann kompensiren, d. h. im praktischen Ergebniß wird die Anfechtung ausgeschlossen sein.

9. Der Ort der Rückgewähr ist dort, wo der Uebergang aus dem Vermögen des Kridars in das des Gegners sich vollzogen hat, bestimmt sich also insoweit nach Partikularrecht. In der Regel ist deshalb der Ort der Absendung maßgebend, etwa bei Anfechtung eines Mobiliar-

---

31 Daß dies der Auffassung der Römer entspricht, folgt daraus, daß diese sonst das non uti einer Servitut nicht hätten für anfechtbar erklären können. Oben § 15 gegen Ende ist übrigens bereits ausgeführt, daß man den Zweck der Anfechtung, lediglich eine Verkürzung der Gläubiger auszugleichen, dadurch nicht überschreitet, daß man nicht auf alle eventuell konkurrirenden Ursachen eines gleichen Verlustes Rücksicht nimmt.

32 Vgl. S. 287[27]. Anders bei Nichtigkeit: z. B. für Niederl. Holtius 153.

kaufgeschäfts, insofern die Absendung regelmäßig die Uebergabe in sich enthält[33]. Soll dagegen die Uebergabe nach der Verabredung der Parteien am Wohnort des spätern Anfechtungsschuldners stattfinden, so braucht dieser auch nur hier zurückzugewähren; dies selbst dann, wenn die Verabredung ersichtlich dolos getroffen ist, und die Höhe der Transportkosten das Ergebniß der Anfechtung wesentlich schmälern würde. Denn dolos oder nicht, der Empfänger ist nur restitutorisch verpflichtet, braucht also nur da zurückzugeben, wo er seinerseits empfangen hat.

Da er übrigens die Rückgewähr positiv leisten, nicht blos die Rücknahme dulden muß, so muß er bringen, nicht der Gläubiger holen.

10. Fällig ist die Pflicht der Rückgewähr mit dem Augenblick, wo die Erklärung der Anfechtung vollendet ist; und zwar liegt in der Anfechtung gleichzeitig der Regel nach eine Aufforderung zur Rückgewähr. Deshalb, und da, wie eben erwähnt der Anfechtungsschuldner bringen, nicht der Gläubiger holen muß, kommt ersterer in Verzug, sobald ihm der Anfechtungswille und seine Erklärung bekannt wird oder nicht ohne sein Verschulden unbekannt bleiben konnte. Von da ab treten auch die landesrechtlichen Wirkungen des Verzuges, einschließlich der Haftung für Zufall ein. Und zwar ist es, wie unten noch zu begründen[34], in der Regel nicht nöthig, daß der Verwalter dem Gegner zuvor die ihm zu erstattende Gegenleistung anbietet. Nur wo die Gegenleistung Zug um Zug zurückzugewähren ist, ist das Angebot derselben nöthig, um die Wirkungen des Verzuges zu begründen.

11. Bei einer Mehrheit von Anfechtungsschuldnern haftet jeder für dasjenige, was in sein Vermögen verwendet ist, — eine einfache und zweifellose Konsequenz der restitutorischen Natur der Anfechtungsschuld[35]. Wie groß der Antheil jedes einzelnen Erwerbers an der Zuwendung ist, ist Thatfrage und hängt zum erheblichen Theil von den Verabredungen der Interessenten ab. Nur kommt es dabei lediglich auf die Vertheilung der Zuwendung an, wie sie in dem Augenblick der Vollziehung des anfechtbaren Aktes vor sich geht; die weitere Gestaltung des Antheilsverhältnisses der Anfechtungsschuldner kommt dagegen nur insoweit in Betracht, wie jede spätere Veräußerung der anfechtbaren Zuwendung durch den ersten Erwerber, ist also namentlich dem Einwand der Gegner zu überlassen und von ihnen zu beweisen. Für die Vertheilung der Zuwendung bei Gelegenheit des anfechtbaren Aktes trifft aber den Verwalter die Beweislast. Im Zweifel werden gleiche Antheile anzunehmen sein.

---

33 L.R. I. 11 § 128 flg. Dernburg, Bd. 1 § 239.

34 Vgl. unten § 48 Nr. 3.

35 Diese Frage ist bisher wenig erörtert. Anders z. B. Jäckel 160, der zur Annahme einer Solidarhaft neigt. Die franz. Praxis schwankt. Für Solidarhaft Bédarride 140. Dagegen Dalloz, repert. 24 nr. 323.

Hiernach kann von einer solidarischen Verhaftung der Anfechtungsschuldner nicht die Rede sein; und zwar nicht einmal vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus, da auch diese eine Zuwendung an jeden einzelnen Schuldner als Bedingung der Anfechtung setzt [36]. Ebensowenig ist die Solidarhaft, welche nach den Landesgesetzen einzelne Rechtsverhältnisse beherrscht, auf das Anfechtungsrecht auszudehnen und etwa bei der Anfechtung handelsrechtlicher Verträge jeder der Schuldner für korreal oder solidarisch verpflichtet anzusehen. Denn die Vorschriften des bürgerlichen Rechts wollen nur das Verhältniß zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien regeln und beziehen sich nicht auf die Befugnisse eines Dritten, welcher außerhalb des Rahmens des Vertragsverhältnisses steht.

War die Zuwendung untheilbarer Art, so muß die Rückgewähr von allen Empfängern gemeinsam geschehen. Ist dies nicht durchführbar, so kann der Verwalter, da die Erfüllung der Verpflichtung des Einzelnen in specie nicht möglich ist, nur den Betrag erstattet verlangen, um welchen das Vermögen des einzelnen Gegners durch den anfechtbaren Akt dem Werthe nach vergrößert ist.

12. Wahlrecht des Gegners. Dieser darf durch Vollzahlung der unstreitigen oder nachgewiesenen und festgestellten Konkursforderungen den Anfechtungsanspruch gegenstandslos machen und kann damit die Anfechtung zunächst abwenden. Sobald eine neue Konkursforderung zur Feststellung gelangt, lebt freilich die Anfechtungsobligation, und zwar der Regel nach bis zu dem Betrage der neuen Forderung wieder auf [37].

2. Außerhalb des Konkurses.

§ 46.

Die Anfechtungsobligation außerhalb des Konkurses beruht auf den nämlichen Prinzipien, wie sie für den Konkursfall vorstehend entwickelt sind, und unterliegt deshalb auch den nämlichen Gesetzen. Nur in einer einzigen Beziehung muß eine Unterscheidung zwischen beiden Arten der Anfechtung eintreten. Beide sollen nur eine Verkürzung der Befriedigungsmittel ausgleichen, welche den Gläubigern zu Gebote gestanden haben und ihnen anfechtbar entzogen sind, und verlangen Rückgewähr des Anfechtungsobjekts nur zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger. Nun ist aber im Konkurse die Art und Weise wie den Gläubigern aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung verschafft wird, dem freien Ermessen des Verwalters anheimgegeben, und es ist deshalb auch das Anfechtungsobjekt dem Verwalter lediglich zu dessen freier Verfügung zurückzugewähren. Der

---

[36] Vgl. § 18 Note 1.

[37] Vgl. oben S. 42 zu Anm. 5.

Einzelgläubiger außerhalb des Konkurses kann sich dagegen nur der strengen Formen der Zwangsvollstreckung bedienen, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, und er kann deshalb auch nicht einfach Herausgabe des Anfechtungsobjekts zu seinen Händen, sondern nur die Ermöglichung einer Zwangsvollstreckung in dasselbe nach Art der Exekution in das Vermögen des Schuldners verlangen.

Hiernach modifiziren sich die in vorstehenden Paragraphen entwickelten Grundsätze für die nicht konkursmäßige Anfechtung im Einzelnen nicht unerheblich.

1. Ermöglichung der Exekution. Es kann nicht volle Rückgewähr des Anfechtungsobjekts verlangt werden, sondern nur die Herstellung eines Zustandes, welcher die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in derjenigen Weise ermöglicht, wie sie durch den anfechtbaren Akt unmöglich gemacht worden ist[1]. Bei beweglichen Sachen, die der Schuldner anfechtbar veräußert hat, ist also die Pfändung und Versteigerung[2], bei Forderungen des Schuldners die Pfändung und Ueberweisung bez. Zession, bei Grundstücken die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu ermöglichen. Handelt es sich um Forderungen, die für den Gegner neu begründet worden waren, so ist der Erfolg der Anfechtung lediglich der, daß die angefochtene Forderung auf die Zwangsvollstreckung des Gläubigers ohne Einfluß bleibt. Ist endlich eine indirekte Zuwendung in das Vermögen des Gegners anzufechten, so ist der Geldwerth dieser Zuwendung der Pfändung und Aneignung seitens des Gläubigers zu unterwerfen. Dagegen kann der Gläubiger die Tradition zum Zweck des Eigenthumserwerbes bei anfechtbar veräußerten Mobilien, die Auflassung eines Grundstücks, die Zession oder Löschung einer Hypothek, die direkte Erfüllung einer erlassenen Verbindlichkeit nicht verlangen.

2. Eventuelle Werthherstattung. Kann der frühere Zustand des schuldnerischen Vermögens nicht wieder hergestellt werden, so wird entweder der Anfechtungsgegner befreit, oder er hat den Werth der ihm gemachten anfechtbaren Zuwendung in baarem Gelde der Zwangsvollstreckung des Anfechtungsgläubigers zu unterwerfen oder vielmehr, da dieses eine leere Formalität sein würde, die Summe an den Gläubiger direkt zu zahlen[3]. Welcher von diesen beiden Fällen eintritt, bestimmt sich nach den allgemeinen im vorigen Paragraphen abgeleiteten Grundsätzen.

---

[1] Mot. 22. 25.

[2] Anders in schwerbegreiflicher Inkonsequenz die Mot. S. 22 für den Fall, daß der Erlaß einer Schuld des Anfechtungsgegners angefochten werden soll. Dafür denn auch nicht eine einzige Stimme unter denjenigen Schriftstellern, die sich nicht blos auf das Referiren beschränken. Vgl. Wilmowski zu § 9 Nr. 3, Otto 243, Jäckel 181.

[3] So zutreffend Reichsgericht 972.

3. Ort der Rückgewähr. Die frühere Exekutionsmöglichkeit ist wieder herzustellen: dazu gehört, daß anfechtbar veräußerte Mobilien an den Ort zurückgeschafft werden, wo sie sich zur Zeit der Veräußerung befunden haben. Natürlich kann sich aber der Gläubiger damit begnügen, das Anfechtungsobjekt da zu fassen, wo es sich befindet, dasselbe also, wenn es in der Gewahrsam des Gegners ist, dort direkt zu pfänden oder, wenn es von einem Dritten detinirt wird, den Anspruch des Gegners auf Rückgewähr sich überweisen zu lassen. Ein Recht auf eine solche Behandlung hat aber der Gegner nicht. Noch weniger kann dieser sich auf den Standpunkt dessen stellen, der für den Exequenden besitzt, so daß er sich mit der Herausgabe der Sache an einen Gerichtsvollzieher von seiner Verbindlichkeit zur Restitution befreien würde. Denn der einschlagende § 746 Z.P.O. ordnet die Zwangsvollstreckung in einen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe einer von einem Dritten detinirten Sache, trifft also auf die Anfechtungsschuld nicht zu, welche ja den früheren Exekutionsmodus, also die Zwangsvollstreckung in eine vom Schuldner selbst besessene Sache ermöglichen soll[4].

4. Abänderungen des Modus der Rückgewähr können von Gläubiger und Gegner frei vereinbart werden; namentlich kann direkte Zahlung an den Gläubiger und sogar die Uebereignung des Anfechtungsobjekts an Zahlungsstatt auf die Hauptforderung verabredet werden. Auch der Schuldner kann hiegegen Einspruch nicht erheben, da ein Recht auf die Anfechtung ihm nicht zusteht und er sich also auch nicht beschweren kann, wenn das Resultat derselben nicht seinem vollen Werthe nach auf die Forderung des Gläubigers gegen ihn verrechnet wird[5]. Ebenso wenig können die andern Anfechtungsgläubiger einer derartigen Vereinbarung widersprechen oder gar dieselbe einfach ignoriren und von dem Gegner, als ob dieser auf die Anfechtungsobligation überhaupt noch nichts geleistet habe, Erfüllung derselben nach ihrem ursprünglichen Inhalt verlangen[6].

Dagegen hat eine Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner auf den Inhalt der Anfechtungsobligation keinen Einfluß. Namentlich würde der Gegner an einen Vertrag nicht gebunden sein, durch welchen der Schuldner dem Gläubiger die freihändige Verwerthung des Anfechtungsobjekts oder die direkte Einziehung der anfechtbar erlassenen Forderung einräumt. Denn dadurch würde die Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners vielfach erschwert werden, und dazu hat weder der Gläubiger noch der

---

4 Wilmowski zu § 9 A.G. Nr. 1. Anders wenn der Gegner schon vor der anfechtbaren Handlung im Besitz des Streitgegenstandes gewesen ist.

5 Anders natürlich, wenn der Gegner auf Grund der Anfechtung einen Regreßanspruch an den Schuldner geltend macht.

6 Vgl. oben § 41 zu Note 7.

Schuldner ein Recht. Für die Rückgewähr spezifischer Objekte wird dies auch füglich nicht bestritten werden, da hier schon das Verhältniß ihres Werthes zu dem Betrage der Anfechtungsforderung nur im Wege der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung maßgeblich festgestellt werden kann. Aber auch bei der Verpflichtung zur Rückgewähr von Fungibilien und namentlich von Geld hat der Gegner ein berechtigtes Interesse daran, die Formen der Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers beobachtet zu sehn. Er soll eben nicht genöthigt werden, solange er sich noch auf den formell vorhandenen Erlaß seiner Verpflichtung berufen kann, sich materiell über die erlassene Forderung und seine etwaigen Einwendungen gegen dieselbe auszulassen, vielmehr kann er dies aufsparen, bis der angefochtene Schulderlaß durch rechtskräftiges Urtheil für hinfällig erklärt wird.

5. Wirkung gegenüber andern Gläubigern. Die Rückgewähr in das Vermögen des Schuldners erfolgt nur zu Gunsten des einzelnen anfechtenden Gläubigers. Einerseits behält also der anfechtbare Akt zunächst gegen sämmtliche andere Gläubiger seine Wirkung, und der Anfechtungsgegner kann z. B. nach wie vor gegen eine von diesen ausgebrachte Pfändung des Anfechtungsobjekts auf Grund seines durch jenen Akt begründeten Besitzrechts interveniren. Andrerseits hat aber auch nur der Gegner ein solches Interventionsrecht. Wenn also ein Gläubiger ein rechtskräftiges Anfechtungsurtheil erstreitet, und nunmehr ein andrer Gläubiger im Wege gewöhnlicher Exekution den Streitgegenstand für sich pfändet, so hat diese Pfändung vor dem Anfechtungsanspruche den Vorzug; der Anfechtungsgläubiger kann zur Entkräftung der Pfändung auch die Abtretung des Interventionsanspruchs von dem Gegner nicht verlangen, sondern kann höchstens von dem Gegner aus dem Gesichtspunkt schuldhaften Verzuges Schadensersatz verlangen[7].

IV. Erstattung der Gegenleistung des Anfechtungsschuldners.

1. Das Prinzip.

§ 47.

1 Allgemeines. Das Anfechtungsrecht will keine Strafe für den Gegner, sondern nur Schadensersatz für den Berechtigten. Soweit dieser letztere Zweck nicht beeinträchtigt wird, sind also auch die Interessen des Gegners möglichst zu berücksichtigen und demnach auch die Opfer und Kosten, die für den Anfechtungsschuldner mit dem angefochtenen Erwerbe untrennbar verbunden waren, insbesondere die von ihm gemachte Gegenleistung ihm zurück zu erstatten.

---

[7] Vgl. oben § 41 zu Note 15.

So das Prinzip. Wie dasselbe praktisch durchzuführen, hängt von dem Standpunkt ab, welchen das Gesetz dem Anfechtungsrechte gegenüber prinzipiell einnimmt.

Faßt das Gesetz die anfechtbare Handlung als Delikt auf, so kann es einen selbständigen Ersatzanspruch des Gegners nicht anerkennen. Denn dieser ist Theilnehmer an dem Delikt, und es würde allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechen, zwischen Theilnehmern an einer verbotenen Handlung gegenseitig oder gar zu Gunsten eines Theilnehmers gegen einen gutgläubigen Dritten einen Regreß zuzulassen. Immerhin kann aber der Gegner auch von diesem Standpunkt aus rein negativ, — indem er den Anfechtungsanspruch bezüglich seines Umfanges bestreitet —, seine Opfer theilweise geltend machen. Denn die Gläubiger sollen ja nur Schadensersatz erhalten, nicht aber bereichert werden. Soweit also die Gegenleistung des Anfechtungsschuldners noch zur Zeit der Anfechtung das exekutionsfähige Vermögen des Schuldners dem Werthe nach vergrößert und somit einfach rechnungsmäßig den Gesammtschaden vermindert, der den Gläubigern durch den anfechtbaren Akt zugefügt worden ist[1], muß diese Gegenleistung auch vom Standpunkte des Deliktsrechts von dem Anfechtungsanspruch in Abzug kommen.

Sobald das Gesetz dagegen die Verpflichtung des Gegners als rein restitutorisch behandelt, muß es ihm die Gegenleistung ohne Rücksicht auf ihre Fortdauer im Vermögen des Schuldners zurückgewähren. Denn es verlangt zu seinem Nachtheile die Rückgabe der angefochtenen Zuwendung nicht blos spezifisch, sondern dem Werthe nach: deshalb muß das Gesetz auch zu seinen Gunsten seine Verpflichtung um den Betrag der angefochtenen Zuwendung mindern, der bei ihrem Uebergange aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gegners dem Werthe nach durch Gegenleistungen oder andre Opfer dem letzteren verloren gegangen ist. Denn im andern Falle müßte der Gegner im Resultat mehr zurückgeben, als er erhalten hat. Ob diese Opfer den Gläubigern überhaupt von Vortheil gewesen, geschweige denn, ob sie noch fortdauernd eine Erweiterung ihrer Exekutionsbefugniß darstellen, ist von diesem Standpunkt aus gleichgiltig.

Die Stellung des Gesetzgebers zu diesen beiden Formen muß eine ähnliche sein, wie gegenüber den verschiedenen Formen der Restitutionspflicht, die wir oben in den §§ 44—46 dargestellt haben. Er wird keiner von beiden schlechthin den Vorzug geben dürfen, sondern beide kombiniren müssen. Die erste Form trifft den Gegner sehr hart, indem sie ihm eine Gefahr auferlegt, die lange nach Vornahme des anfechtbaren Aktes eine von ihm dem Schuldner gemachte Leistung durch Zufall oder gar durch Fahrlässigkeit oder Arglist des Schuldners trifft, ist deshalb einem dolosen Gegner

---

[1] „Quia ea ratione nemo fraudetur“ l. 8 D. h. t.

gegenüber vollauf gerechtfertigt, würde dagegen zu einem System des Anfechtungsrechtes nicht passen, welches auch gutgläubigen Personen gegenüber die Interessen der Gläubiger schützen will. Die zweite Form läßt dagegen umgekehrt die Gläubiger gegen die zahlreichen Akte indirekter Schädigung schutzlos, bei denen der Leistung des Schuldners ein an sich entsprechendes Entgelt gegenübersteht und also die Verpflichtung zur vollständigen Erstattung des letzteren den Nutzen der Anfechtung wesentlich beeinträchtigen würde[2]. Sie paßt deshalb sehr wohl auf solche Fälle, in denen der Gegner frei von Dolus ist, bedarf dagegen für die Fälle wirklicher Unredlichkeit einer Ergänzung durch die erste Form.

2. Stellung der Reichsgesetze. Diese sind von einem andern Standpunkt ausgegangen. Auch sie adoptiren zwar die beiden hier entwickelten Formen der Erstattungspflicht der Gläubiger. Sie scheiden aber einmal nicht nach einem allgemeinen Prinzip zwischen beiden Formen, sondern erkennen die strengere Haftung der Gläubiger nur für einen ganz speziellen Fall — den der Anfechtung einer Schenkung des Schuldners — an, und sie fügen außerdem noch eine dritte Methode der Behandlung dieser Frage hinzu, nämlich die vollständige Verneinung jeder Erstattungspflicht des Anfechtungsgläubigers außerhalb des Konkurses. Im Resultat folgt also das Gesetz bei der konkursmäßigen Anfechtung den Grundsätzen des Deliktsrechtes, geht bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses noch über diese Grundsätze hinaus und faßt endlich nur bei unentgeltlichen Zuwendungen die Anfechtung als eine restitutorische obligatio ex lege auf[3]. [4].

Daß diese Behandlung den thatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und daß sie auch mit dem sonstigen System des Reichsgesetzes, welches die Anfechtung durchaus nicht auf schlechtgläubige Gegner beschränkt, nicht übereinstimmt, bedarf bei der hier vertretenen prinzipiellen Auffassung des An-

---

[2] Es ist hier an die bereits öfter erwähnten Fälle zu denken, wo die Schädigung der Masse in der Unterschlagung des Entgelts durch den Kridar besteht.

[3] Pr. K.O. § 107. Dagegen hatte die A.G.O. I. 50 § 55, weil sie ja nur einem dolosen Schuldner gegenüber die Anfechtung zuließ, nur die erste Form.

[4] Auch das römische Recht hat diese Duplizität und zwar wesentlich in Uebereinstimmung mit dem Reichsgesetz, da es den Gegner im Allgemeinen nach Deliktgrundsätzen behandelt und seinen Erstattungsanspruch auf die noch vorhandene Bereicherung — l. 7. 8 h. t., wo nur die nummi soluti nicht spezifisch zu nehmen sind — beschränkt, und nur bei dem gutgläubigen Gegner, der selbst blos auf die Bereicherung haftet, eine Ausnahme macht. Vom römischrechtlichen Standpunkt ist dies auch völlig korrekt, da dieser die Dolustheorie auch bezüglich der Voraussetzungen der Anfechtung konsequent durchführt. Vgl. noch Reinhardt 140. — Die franz. Praxis scheint Erstattung der ganzen Gegenleistung als Regel vorauszusetzen, Humblet 445 Nr. 115. Ebenso wird Dänem. 25 zu verstehen sein. Für Niederl. statuirt Oyens 138 die Erstattung nur, falls die Leistung noch spezifisch in der Masse ist.

fechtungsrechtes keiner besondern Ausführung. Indeß muß es bei dem Gesetz, wie es positiv gegeben, bewenden, und es ist also unumwunden anzuerkennen, daß in diesem einen Punkte die sachlich unhaltbare Dolustheorie der Motive das Gesetz selbst beeinflußt hat. Man könnte hieraus folgern wollen, daß mit dieser vereinzelten Anerkennung immerhin ein Prinzip anerkannt sei, und deshalb, mag man die Dolustheorie nun sachlich für zutreffend halten oder nicht, das positive geltende Recht jedenfalls vom Standpunkt dieser Theorie beurtheilt, demselben also als leitendes Prinzip ein fingirter Dolus des Anfechtungsgegners zu Grunde gelegt werden müsse. Die Beweiskraft dieses Argumentes ist auch sicher nicht zu unterschätzen. Wir würden dasselbe sogar unbedingt für schlüssig halten, wenn nicht gerade hier, wo dem Anschein nach das positive Gesetz und die Theorie der Motive übereinstimmen, dennoch ein neuer, und zwar ein ganz besonders auffallender Widerspruch zwischen beiden hervorträte, der beste Beweis, daß Gesetz und Theorie sich nicht gegenseitig durchdrungen haben, und also von einem prinzipiellen Einverständniß zwischen beiden nicht die Rede sein kann. Dieser Widerspruch läßt sich in dreifacher Richtung verfolgen.

Zunächst bei der Behandlung unserer Frage für den Fall nichtkonkursmäßiger Anfechtung. Wie erwähnt, findet hier ein Erstattungsanspruch des Anfechtungsgegners bezüglich des von ihm wirklich gewährten Entgelts überhaupt nur gegenüber dem Schuldner, nicht aber gegenüber dem Anfechtungsgläubiger statt. Diese Bestimmung ist nun zunächst von einer unbegreiflichen Härte, unbegreiflich auch vom Standpunkt der Dolustheorie, zumal selbst die letztere eine Handlung, bei welcher der Dolus nicht bewiesen, sondern nur präsumirt wird, doch nur als ein Delikt mindern Grades ansehen kann. Man nehme etwa den Fall, daß der Schuldner seinem Sohne ein Hausgrundstück für 90 000 Mark, einem wirklichen Werthe von 100 000 Mark gegenüber verkauft, und letzterer die innere Thatsache, daß er die Preisdifferenz nicht gekannt oder dieselbe für ein harmloses Zeichen väterlicher Zuneigung gehalten hat, nicht beweisen kann. Sollte der Sohn den Abschluß dieses Geschäftes wirklich damit büßen müssen, daß er das Hausgrundstück zurück giebt, ohne von dem effektiv gezahlten Kaufpreise auch nur einen Bruchtheil zurückzuerhalten, genau erwogen nämlich, daß die von dem Gesetz ihm zugebilligte Regreßforderung an den insolventen Schuldner zunächst selbstverständlich ohne praktischen Werth ist? Sollte es billig sein, daß dem Schaden der Gläubiger von 10 000 Mark auf seiner Seite ein solcher von 90 000 Mark gegenüber stände? Die Motive gehen über diese Konsequenzen mit der Bemerkung hinweg, daß dieselben lediglich einer deliktmäßigen Haftung des Anfechtungsschuldners entsprächen. Der Gläubiger, führen sie aus, sei höchstens dann zur Rückgabe der Gegenleistung verpflichtet, wenn er durch dieselbe bereichert sei; nun habe er aber die Gegenleistung nicht und sei auch durch dieselbe, selbst wenn sie sich im

Vermögen des Schuldners befinde, nicht bereichert; überdies fehle dem Gläubiger auch die Befugniß, über die Gegenleistung zu verfügen. Diese Deduktion scheint uns handgreiflich falsch. Allerdings wird der Gläubiger durch die Gegenleistung, welche sein Schuldner empfangen hat und noch besitzt, nicht bereichert. Aber darauf kommt es auch in keiner Weise an. Nur seinen Schaden soll er ersetzt erhalten, und dieser, in der Verkürzung seiner Befriedigungsmittel bestehend, wird doch durch die noch vorhandene Gegenleistung ganz zweifellos vermindert, kann also nur unter Abzug der Gegenleistung zur Erstattung liquidirt werden. Diese einfache Erwägung beseitigt aber auch ohne Weiteres die andern von den Motiven angeregten Bedenken. Was soll es denn überhaupt besagen, daß auf die mangelnde Befugniß der Gläubiger verwiesen wird, über die Gegenleistung, die noch im Vermögen des Schuldners befindlich ist, zu verfügen? Soll das wirklich ernstlich ein Grund dafür sein, daß den Gläubigern mehr erstattet wird, als ihr Schaden je betragen hat? Soll man auf dieses Argument wirklich noch repliziren, daß — wenn diese wichtige Befugniß den Gläubigern thatsächlich fehlen sollte, — das Gesetz ihnen dieselbe doch verleihen möge, und daß die ganze Schwierigkeit überdies durch Aufrechnung des noch vorhandenen Werths der Gegenleistung auf die Anfechtungsobligation so einfach wie möglich umgangen werden könnte? Man sieht, daß die Deduktion der Motive theoretisch nicht zu halten ist. Ihre praktischen Konsequenzen mache man sich aber an dem Beispiel klar, daß ein Schuldner sein früheres Landgut gegen ein einem nahen Verwandten gehöriges Hausgrundstück eintauscht, und seine Gläubiger nun im Wege der gewöhnlichen Zwangsversteigerung das Haus und im Wege der Anfechtung das Landgut zu ihrer Befriedigung verwenden.

Hier wird das Anfechtungsrecht offenbar zu einer reinen Bereicherung der Gläubiger, zu einer Privatstrafe[5] und geht weit über den Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz hinaus. Wenn nun die Motive diese auffällige Konsequenz vollständig ignoriren und eine Bereicherung der Gläubiger durch die Gegenleistung des Anfechtungsschuldners schlechthin verneinen, so erhellt daraus, wie wenig klar sie die für die Erstattungspflicht der Anfechtungsgläubiger maßgebenden Prinzipien aufgefaßt haben. Selbst da also, wo das fundamentale Dogma der Motive auf das Gesetz selbst

[5] Oder ein Kaufmann, der 100 000 Mark Schulden hat, verkauft sein einziges Vermögensobjekt, sein Geschäft, für 60 000 Mark, 15 000 Mark unter dem wahren Werth. Die Gläubiger pfänden nun den Kaufpreis, und diejenigen von ihnen, die bei der Vertheilung desselben nicht befriedigt werden, fechten die Geschäftsveräußerung selbst an. Das Resultat ist, daß die Gläubiger, die ursprünglich höchstens 75 Prozent erhalten haben würden, jetzt voll befriedigt werden, also 25 Prozent einfach lukriren. Der Fall mag in dieser Schärfe praktisch nicht vorkommen, aber seine Beweiskraft wird dadurch nicht verringert.

unläuglich Einfluß erlangt hat, eine neue Differenz zwischen Theorie und Gesetz!

Eine zweite Differenz ähnlicher Art zeigt sich bei der konkursmäßigen Anfechtung. Hier lehren uns nämlich die Motive, daß die Masse nur diejenige Gegenleistung voll zu ersetzen habe, welche sich noch nach der Konkurseröffnung spezifisch in der Masse befunden hat, in allen andern Fällen aber die Erstattungsverbindlichkeit nur als Konkurspassivum in Höhe der Konkursdividende zur Erfüllung komme[6].

Diese Belehrung ist nun aber bestimmt unrichtig, und zwar nicht blos eine unrichtige Begründung des Gesetzes, wie in dem eben besprochenen Falle, sondern sogar eine unrichtige Auslegung des geltenden Rechts. Zunächst spricht der Wortlaut des Gesetzes ganz klar gegen die Motive. „Die Gegenleistung ist zu erstatten", sagt das Gesetz, „soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist." Also kein Wort davon, daß die Masse selbst im Besitz der spezifischen Gegenleistung gewesen sein muß, da sie auch dann „um ihren Werth bereichert ist", wenn sie vom Kridar nur ein Aequivalent der Gegenleistung empfangen hat! Der Regierungskommissar in der Reichstagskommission verweist freilich darauf, daß die „rechtlose Bereicherung der Masse," von welcher RKO. §. 52 spricht, gleichfalls nur eine erst nach der Konkurseröffnung entstandene Bereicherung bezeichne, und wegen des Zusammenhanges, der zwischen §. 52 und dem die hier streitige Erstattungspflicht regelnden §. 31 RKO. bestehe, letzterer Paragraph die gleiche Auslegung erfahren müsse[7]. Indeß findet sich dieser Zusammenhang zwischen §. 52 und §. 31 nur in den Motiven und nicht im Gesetz, hat also keinerlei Beweiskraft. Sachlich kann ohnehin keine Rede davon sein, daß die Pflicht des Schadensersatzberechtigten, von dem durch die schädigende Handlung ihm zugefügten Nachtheil den ihm durch dieselbe Handlung gewährten Nutzen zuvor in Abzug zu bringen, — daß diese sehr einfache, sehr selbstverständliche Verpflichtung selbständig aus dem Gesichtspunkt der „rechtlosen Bereicherung" zu begründen wäre. Die Motive haben aber nicht nur den Wortlaut des Gesetzes, sondern auch die Natur der Sache gegen sich. Zunächst ganz allgemein die Billigkeit, welche, wie bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses gezeigt ist, einer rigorosen Behandlung des Anfechtungsgegners ohne Rücksicht darauf, ob sein Dolus bewiesen, präsumirt oder bloß fingirt wird, nothwendig widerstrebt. Sodann aber ist gegen die Motive beweisend die prinzipielle Erwägung, daß das Anfechtungsrecht keine Privatstrafe darstellen, sondern lediglich einen den Gläubigern zugefügten Schaden ausgleichen soll, und daß dieser Schaden eben nicht allein nach dem, was der anfechtbare Akt aus dem exekutionsfähigen Vermögen

---

[6] Mot. 149.

[7] R.T.K. 28.

des Kridars ausgeschieden, sondern auch nach dem, was derselbe Akt in dieses Vermögen dauernd hineingebracht hat, zu bemessen ist. Eine Unterscheidung zwischen der Bereicherung, die die Konkursmasse direkt empfangen, und derjenigen, die ihr durch Vermittelung des Kridars zu Theil geworden ist, hat hierbei keinen Raum.

Hiewider kommt nur ein einziges Bedenken in Betracht. Zwar gewiß nicht der von den Motiven für ihre Ansicht aufgeführte Grund, der anfechtbare Akt sei der Masse gegenüber ungiltig und könne also auch nicht eine auf Entschädigung des Gegners gerichtete Masseschuld begründen. Denn eine „Entschädigung" des Anfechtungsgegners hat überhaupt noch Niemand verlangt. Die Ungiltigkeit eines Vertrages kann aber doch unmöglich zur Folge haben, daß der dadurch Geschädigte auch eine dem Werth nach ihm faktisch übermittelte Vertragsleistung des Gegners als nicht vorhanden ansehn, daß er also seinen Schaden in größerem Umfang erstattet verlangen darf, als er ihm überhaupt zugefügt worden ist. Ein erheblicher Zweifel kann vielmehr nur der Erwägung entnommen werden, daß die Masse zwar an sich zur Herausgabe der ganzen Bereicherung verpflichtet, diese Verpflichtung aber um der Gleichberechtigung der Mitgläubiger willen und lediglich durch deren Konkurrenz auf eine Dividende herabgesetzt werde. Aber auch diese Erwägung hält bei genauer Prüfung nicht Stand. Denn entweder faßt man die Erstattungsverbindlichkeit der Masse gar nicht als eine selbständige Obligation, sondern als eine Minderung des Anfechtungsanspruchs ipso iure auf, und zwar ist dies die hier vertretene Auffassung, und dann findet selbstverständlich bezüglich dieser eine gleichberechtigte Konkurrenz anderer Gläubiger und die Herabsetzung der Verpflichtung auf den Betrag der Konkursquote keine Anwendung. Oder aber man läßt einen selbständigen Anspruch des Gegners auf Erstattung seiner Leistungen gelten; dann stellt aber auch dieser keine einseitige kreditirte Forderung dar, und nur diese gehen in's Theil, sondern er ist nach Analogie einer kompensabeln Gegenforderung oder der beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Verträge oder endlich als Masseschuld zu behandeln und kommt auch so voll zur Hebung[8].

Im Resultat ist danach die Konkursmasse auch bezüglich derjenigen Gegenleistung zur vollen Erstattung verpflichtet, welche zwar nicht spezifisch, aber doch dem Werth nach vom Kridar auf sie übergegangen ist[9, 10].

---

[8] Auch ein Kaufvertrag, der wegen wesentlichen Irrthums des Kridars vom Verwalter rescindirt wird, ist für die Masse unverbindlich, und doch wird zweifellos die Masse in einem Falle dieser Art den von ihr zurückzuzahlenden Kaufpreis vollständig, nicht bloß zu einer Quote erstatten müssen. Diese Analogie ist auch hier entscheidend.

[9] Prot. der R.T.K. S. 28. — Wenn man übrigens auf die Entstehungs-

Der Vorwurf der Prinziplosigkeit trifft also in diesem Falle nur die Motive, nicht das Gesetz, sobald man einmal nothgedrungen das maßgebende Prinzip unseres positiven Rechts für diese Frage der Dolustheorie entnommen hat. Dagegen zeigt sich die Prinziplosigkeit auch des Gesetzes in einem dritten Punkte, und zwar gerade in diesem besonders charakteristisch, weil sie im Gegensatz zu den beiden eben behandelten Fällen zu einem für den Anfechtungsgegner günstigen Resultat führt. Selbst in Bezug auf die hier fraglichen Erstattungsansprüche weicht nämlich das Reichsgesetz in einem Hauptpunkte von der Dolustheorie ab, indem es die Masse auch über ihre Bereicherung hinaus für die Entschädigungsansprüche des Gegners in Höhe der Konkursdividende haftbar macht. Dem liegt, wie auch die Motive anerkennen [11], die Auffassung zu Grunde, daß der Gemeinschuldner — stets oder doch in einzelnen Fällen — dem Anfechtungsgegner zur Entschädigung verbunden sei und daß die Masse diesen Entschädigungsanspruch als Konkursforderung gegen sich gelten lassen müsse. Indeß widerspricht dies zunächst der Dolustheorie offensichtlich, da nach allgemein anerkannten Rechtsregeln die Theilnehmer an einem Delikt an einen andern Theilnehmer oder gar an einen unschuldigen Dritten keinen Regreß nehmen dürfen [12]. Es widerspricht aber auch weiter dem Wesen des Anfechtungsrechtes. Denn die etwaige Entschädigungsverbindlichkeit des Kridars wurzelt ebenso gut in dem anfechtbaren Vertrage, wie seine Verpflichtung den Vertrag zu erfüllen, und wenn die Gläubiger die Erfüllung rückgängig machen können —

---

geschichte des Gesetzes zurückgehen will, so beweist diese eher gegen die Motive. Denn Entw. I. § 38 sagte ganz im Sinne der jetzigen Motive — vgl. Mot. I. 192 — die Gemeinmasse hafte für die Gegenleistung, „soweit sie unterscheidbar zu dieser gekommen“ ist, so daß also die Fortdauer der Gegenleistung dem Werth nach nicht genügte. Warum hat man diesen unzweifelhaften Wortlaut durch den gegenwärtigen mindestens zweifelhaften ersetzt, wenn man nicht eben den Sinn der früheren Fassung verändern wollte?

[10] Mit Recht erklärt deshalb Dernburg II. 330 f. unsre Ansicht für selbstverständlich, und damit stimmen überein Stieglitz 179, Otto 181, Mandry 531, Grützmann 238, dagegen folgen den Motiven Fitting 167[9], Meißner 140, Völderndorff 135[1], und auch wohl Petersen 169, während Wilmowski 195 dadurch vermittelt, daß er unterscheidbare Fortdauer der Gegenleistung theilweis auch da annimmt, wo dieselbe nur dem Werth nach in der Masse vorhanden ist.

[11] Mot. 149 geben allerdings die Möglichkeit zu, daß der Erstattungsanspruch nach bürgerlichem Rechte fortfalle. Wären sie ihrer eignen Theorie wirklich sicher, so hätten sie aber schwerlich durch eine ausdrückliche Klausel die Landesrechte konservirt, welche einen Regreß dieser Art anerkennen, hätten vielmehr den Ausschluß eines solchen Regresses auch zur reichsrechtlichen Norm gemacht.

[12] A. M. Otto 181 und Jäckel 168 auf Grund sehr subtiler Unterscheidungen zwischen dolosen Handlungen, die verboten, und solchen, die nur für anfechtbar erklärt sind. Richtig Korn 195.

eben darum, weil der Vertrag ihnen gegenüber unwirksam ist —, wenn sie sich also über die Pflicht des Kridars, den Vertrag zu erfüllen, hinwegsetzen dürfen, warum soll seine Entschädigungsverbindlichkeit für sie auch nur in Höhe der Konkursquote maßgebend und verpflichtend sein? Wenn die Masse insbesondere ein Geschäft anficht, das sie indirekt geschädigt hat, weil der Kridar das an sich angemessene Entgelt bei Seite geschafft hat, aus welchem Grunde soll die Masse dennoch einen Prozentsatz dieses Entgeltes, das ihr nie zu Nutz gekommen ist, dem Gegner zurückgewähren? Gerade hieraus geht hervor, einmal, daß das Gesetz ein bestimmtes, klares Prinzip bei der Regelung der Erstattungsansprüche des Gegners überhaupt nicht verfolgt, und zweitens, daß das Gesetz diesen Gegner, dem es einen so weit gehenden Erstattungsanspruch einräumt, sicher nicht im Ernst für eigentlich unredlich erachtet.

3. Die juristische Natur der Erstattungspflicht läßt sich in doppelter Weise auffassen: entweder als eine Kürzung, welchen der Anfechtungsanspruch ipso jure erleidet oder als eine selbständige Gegenforderung des Anfechtungsschuldners. Im Sinne des Reichsgesetzes ist offenbar die letzte Auffassung maßgebend für die als Konkursforderung geltend zu machenden Ansprüche. Für die der Masse selbst auferlegten Pflichten giebt dagegen das Gesetz nach keiner von beiden Seiten einen Anhalt, und ebenso wenig sind sachliche Gründe vorhanden, die jeden Zweifel mit voller Sicherheit beseitigen. Erwägt man indeß, daß das Gesetz die Bereicherung der Masse nicht bloß dem redlichen, sondern auch dem unredlichen und vielleicht strafwürdigen Gegner zurückgewähren will, so wird man kaum geneigt sein, diesen Anspruch auf Rückgewähr als ein selbständiges Recht aufzufassen. Was aber für den unredlichen Besitzer gilt, muß auch, da das Gesetz nicht unterscheidet, für den redlichen gelten, um so mehr, als in dieser Frage das Gesetz überhaupt der Dolustheorie zuneigt und auch den redlichen Gegner nach Deliktsgrundsätzen behandelt. Dazu kommt, daß bei den analogen Ansprüchen des redlichen Geschenknehmers das Gesetz ein Forderungsrecht desselben überhaupt gar nicht erwähnt, also stillschweigend voraussetzt, daß der Anspruch der Masse ipso jure um den bezüglichen Betrag vermindert wird. Es wird sich auch zeigen, daß diese Auffassung in ihren praktischen Konsequenzen am meisten den Zwecken des Gesetzes entspricht [13].

---

[13] Diese Frage ist prinzipiell bis jetzt nicht erörtert. Dagegen ist die andere praktisch gleichgiltige Frage häufig diskutirt, ob der Erstattungsanspruch ein Aussonderungsrecht ist, wie die Mot. 149 wollen, oder eine Masseschuld, wie Wilmowski 194, Sarwey 207, Otto 179 meinen.

2. Einzelnes.

§ 48.

1[1]. Der Gegenstand des Erstattungsanspruchs ist nach den beiden Formen desselben verschieden:

a) Der Masseanspruch betrifft nur die dem Schuldner zugewendete „Gegenleistung". Das für den Begriff derselben charakteristische Moment ist, daß sie von der anfechtbaren Leistung des Kridars abhängig sein muß, während es im Uebrigen darauf nicht ankommt, ob sie dieser vorangeht oder ihr nachfolgt und ob sie mit ihr einen einheitlichen Rechtsakt bildet oder formell selbständig bleibt. Danach ist von der Erstattung eine Leistung ausgeschlossen, die sich zwar thatsächlich auf eine Leistung des Kridars bezieht, rechtlich aber von dieser nicht abhängig gemacht wird, also z. B. ein freiwilliges Gegengeschenk. Ebensowenig genügt es, daß die Leistung des Kridars von der des Gegners abhängt, wenn nicht diese Abhängigkeit auch umgekehrt vorhanden ist. Deshalb kann der Gegner z. B. bei der Anfechtung einer remuneratorischen Schenkung nicht etwa der Masse den Werth der remunerirten Handlung in Anrechnung bringen; denn hier ist zwar die Schenkung, — mit Bezug auf den Dienst und in Voraussetzung desselben gemacht — von diesem abhängig[2], dagegen ist die Dienstleistung unbedingt und selbständig geschehen. Daneben kommt noch ein zweites Moment in Betracht: daß die Leistung des Gegners im Interesse des Kridars erfolgt sein muß. Indeß bedarf dieses der Ausführung nicht, da dies Moment durch die bei dem Masseanspruch vorausgesetzte Bereicherung des Kridars und der Masse sich von selbst ergiebt[3].

b) Der Gegenstand des Konkursanspruchs ist dagegen vom Gesetz gar nicht bestimmt bezeichnet. Man mag zunächst denken, es sei gleichfalls nur die Gegenleistung gemeint[4]; da indeß, wie oben ausgeführt, der Konkursanspruch als eine zunächst gegen den Gemeinschuldner gerichtete Erstattungs-

---

[1] Der Anspruch des gutgläubigen Geschenknehmers kommt erst unten § 51 zur Erörterung.

[2] L.R. I. 11 § 1175.

[3] Die Gegenleistung unterscheidet sich also vom Entgelt doppelt. Einmal verlangt der Begriff des letzteren gegenseitige Abhängigkeit beider Leistungen. Es ist z. B. in dem umgekehrten Fall der Anfechtung einer belohnenden Schenkung, d. h. bei der Anfechtung des belohnten Dienstes, die Schenkung zwar nicht Entgelt, aber doch Gegenleistung, sie ist also aus § 31 K.O. zu erstatten, ohne die Anfechtung aus § 25[1] auszuschließen. Zweitens ist selbstverständlich das für den Entgelt charakteristische Moment der Werthausgleichung für den Begriff der Gegenleistung nicht wesentlich.

[4] So, und zwar sehr restriktiv Fitting 167[9].

forderung aufzufassen ist, so muß bei Bestimmung des Inhalts der Forderung wohl oder übel auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß zwischen Kridar und Anfechtungsgegner zurückgegangen werden, und es ist unter Berücksichtigung des Landesrechtes aus diesem inneren Rechtsverhältniß heraus die Erstattungspflicht zu bestimmen. Die analog anzuwendenden Vorschriften des Partikularrechts sind bei der Anfechtung lästiger Verträge den Bestimmungen über Entwehrung, bei der Anfechtung andrer Rechtshandlungen den Bestimmungen über nützliche Verwendung, ungerechtfertigte Bereicherung, außerkontraktliche Verschuldung zu entnehmen[5].

Für den Hauptfall, den der evictionsmäßigen Haftung des Kridars, ist ein doppeltes hervorzuheben. Erstlich, daß, wenn der Anfechtungsgegner das mangelnde Recht des Kridars, d. h. also, wenn er die Gefahr der Anfechtung kannte, ihm ein Anspruch auf Entschädigung gegen den Mitkontrahenten und also auch ein Konkursanspruch gegen die Masse nicht zusteht, gleichgiltig ob der Kridar selber dolos verfuhr oder nicht, daß dagegen eine Unkenntniß des Gegners, die lediglich auf einer groben Fahrlässigkeit desselben beruht, den Erstattungsanspruch nicht ausschließt[6]. Zweitens ist zu betonen, daß der Eviktionsanspruch des Gegners keineswegs restitutorischer Art, sondern daß er einfach auf Schadensersatz gerichtet ist. Deshalb kann durch diesen Anspruch nicht blos die Gegenleistung liquidirt werden, sondern es sind auch Prästationen, die der Anfechtungsschuldner vertragsmäßig an Dritte zu machen übernahm, es sind Kosten und Stempel, endlich auch rein thatsächliche Schädigungen, die die Entwehrung im Gefolg hatte, von der Liquidation nicht ausgeschlossen. Ein wesentlicher Unterschied gegen die gewöhnliche Eviktionspflicht besteht nur darin, daß hier lediglich der reelle Schaden — sei er nun damnum emergens oder lucrum cessans — zur Erstattung kommt, dagegen Konventionalstrafen außer Ansatz bleiben, die die Parteien auf die Eviktion der Hauptleistung gesetzt haben. Denn die Festsetzung solcher Strafen bildet vom Standpunkt der Anfechtung aus mit dem Hauptgeschäft eine Einheit und fällt deshalb von selbst unter die Anfechtung der letzteren.

2. Aktivlegitimation. Das Gesetz sagt nicht, in wessen Person der Erstattungsanspruch entstanden sein muß. Die Antwort ist nach einer doppelten Richtung zweifelhaft.

Zunächst fragt es sich, ob der Anfechtungsgegner fremde Auslagen, eine fremde Gegenleistung in Anrechnung bringen darf. Auch hier ist zu

---

[5] Vgl. § 57 zu Note 4.

[6] Höchstens für den Umfang der Erstattungsforderung kommt ein solches Verschulden in Betracht. L.R. I. 11 § 159 flg. So auch das römische Recht: l. 56 § 3 D. 21,2 steht jedenfalls nicht entgegen, da hier ein Verschulden vorliegt, welches nach Abschluß des Kaufes vom Käufer begangen war.

unterscheiden. Mittels des Konkursanspruchs kann der Gegner offenbar nur die ihm selber widerfahrenen Nachtheile erstattet verlangen, weil er andrenfalls de iure tertii liquidiren würde, landesrechtlich übrigens auch kaum einen Ersatzanspruch haben wird. Kann er dagegen den Masseanspruch geltend machen, so ist dies nichts als ein qualifizirtes Bestreiten, nichts als die negative Behauptung, daß der Masse nicht eine Benachtheiligung in derjenigen Höhe erwachsen sei, die der Verwalter behaupte. Zu dieser bloßen Negation genügt aber jede Gegenleistung, welche thatsächlich dem Kridar für die Verkürzung seines Vermögens zugewendet und demnächst zur Masse gelangt ist, und es ist also nicht nothwendig, daß gerade der Anfechtungsschuldner die Gegenleistung gewährt hat [7]. Insbesondere kann also auf Schenkungen, die der Kridar bei Gelegenheit eines Gutskaufes gemacht hat, derjenige Theil des Kaufpreises angerechnet werden, um welchen dieser Kaufpreis gerade mit Rücksicht auf die angefochtenen Schenkungen ermäßigt worden ist [8].

Andrerseits fragt es sich, ob der Erstattungsanspruch nur dem Anfechtungsschuldner zusteht oder auch einem Dritten. Soweit der Masseanspruch geltend gemacht wird, ist nur der erstere berechtigt, weil ein Dritter, auch wenn die Gegenleistung von ihm in eigenem Namen gegeben ist, gar nicht in die Lage kommt, den Anfechtungsanspruch zu bestreiten und damit den Masseanspruch zu erheben. Soweit dagegen die Erstattung mittels des Konkursanspruchs verlangt wird, ist jeder Dritte formell so gut wie der Anfechtungsschuldner in der Lage, die Forderung geltend zu machen, und es hängt also lediglich von dem Partikularrecht ab, inwiefern ein Dritter einen materiellen Anspruch auf Erstattung hat. Wird z. B. eine Leistung des Kridars dem Empfänger gegenüber angefochten, welche zwischen dem Kridar und einer dritten Person vertragsmäßig vereinbart war, so ist es nur der Vertragsgenosse, der eine Gegenleistung gemacht hat und einen Ersatzanspruch haben kann. Natürlich kann ein Anspruch dieser Art auch dem Anfechtungsgegner abgetreten werden, und alsdann ist auch er in der Lage, eine fremde Gegenleistung mittels des Konkursanspruchs geltend zu machen [9].

3. Fälligkeit des Erstattungsanspruchs.

a) Die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung und ebenso die Pflicht zur Herausgabe der noch spezifisch vorhandenen Gegenleistung entsteht — als eine ipso jure dem Anfechtungsanspruche aufliegende Last — mit der

---

[7] A. M. Mot. S. 153.

[8] Die Frage wird hauptsächlich bei der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger praktisch. Vgl. § 55 Nr. 3.

[9] Mot. 153 lassen auch den Masseanspruch zu Gunsten eines Dritten entstehen und durch ihn geltend machen.

Erklärung der Anfechtung. Der Verwalter kann also nur unter gleichzeitiger Erfüllung dieser Verbindlichkeit sein Anfechtungsrecht thatsächlich durchführen und kann insbesondere Verurtheilung des Gegners zu irgend einer Leistung nur Zug um Zug gegen die Herausgabe der Gegenleistung beziehentlich der Bereicherung verlangen[10], kann den Gegner nur durch Angebot dieser Herausgabe in Verzug versetzen. Daraus folgt von selbst, daß der Anfechtungsschuldner wegen der hier behandelten Ansprüche ein Retentionsrecht hat[11]. Ja er kann sogar, nachdem die Anfechtung einmal erklärt ist, innerhalb gewisser Grenzen die Initiative behufs Befriedigung seiner Gegenansprüche ergreifen. Einmal insofern, als er, falls Leistung und Gegenleistung gleichartig sind, unter Abzug der Bereicherung der Masse den Ueberrest der ihm obliegenden Anfechtungsschuld zahlen oder hinterlegen kann, freilich mit der Maßgabe, daß ihn die Gefahr einer unrichtigen Berechnung der Bereicherung trifft. Zweitens dadurch, daß er seine Schuld unter Vorbehalt voll erfüllen und demnächst mit einer Art condictio indebiti[12] auf Grund des Vorbehalts alternativ die vollständige Rückgewähr dieser Leistung oder aber die Erstattung der Bereicherung verlangen kann. Endlich kann der Anfechtungsschuldner durch bloßes Angebot der Erfüllung Zug um Zug die Masse in moram accipiendi versetzen. Dadurch verpflichtet er aber die Masse zum Ersatz alles desjenigen Schadens, welcher durch die Verzögerung der Annahme entstanden ist, schützt sich also dagegen, daß der Verwalter bei starken Preisschwankungen der in der Masse befindlichen Gegenleistung die Ausführung der bereits erklärten Anfechtung beliebig lange hinzieht oder sonst alle Chancen der Sachlage ausschließlich zum Vortheil der Konkursgläubiger ausbeutet.

Immerhin sind diese Befugnisse des Anfechtungsschuldners von einem selbständigen Rechte desselben auf Erstattung der Gegenleistung wesentlich verschieden. Zunächst kann er, wenn er seinerseits die Anfechtungsobligation ohne Vorbehalt voll erfüllt hat, nur nach den Grundsätzen der gewöhnlichen condictio indebiti, also lediglich im Falle eines Irrthums, die nachträgliche Berücksichtigung der auf der Anfechtungsforderung ruhenden Last und

---

[10] R.O.H.G. 20[16]. Und zwar schon in der Klage, wenn er nicht riskiren will, theilweise in die Prozeßkosten verurtheilt zu werden. Anders R.O.H.G. 15[155]. 20[16], übrigens ohne nähere Begründung; anders auch die Kommentatoren, z. B. Wilmowski 195, Korn 198.

[11] Und zwar auch da, wo, wie in Preußen, das Partikularrecht dem unredlichen Besitzer die Retention verbietet, weil das Retentionsrecht hier eben nur die Form des Bestreitens ist und dieses selbst dem schlechtgläubigen Gegner nicht versagt werden kann. Vgl. Entsch. 50[81]. 52[1], Strieth. 62[316].

[12] Denn diese trifft nicht nur den Fall, daß der Schuldner eine Summe gar nicht, sondern auch den Fall, daß er sie nur unter günstigeren Bedingungen schuldig ist. Windscheid § 426.

die entsprechende Vergütung seiner Mehrleistung fordern. Sodann findet der Erstattungsanspruch zeitlich und inhaltlich seine Grenze in der Forderung, auf welcher er als dessen Modus lastet, während ein selbständiges, der Anfechtungsobligation entgegenstehendes Recht des Anfechtungsschuldners mehr oder weniger von ihr unabhängig wäre. Verzichtet also der Verwalter auf seine Ansprüche aus der Anfechtung, so fallen damit die Gegenansprüche des Schuldners von selber fort, und derselbe kann auch dem Verzichte nicht widersprechen [13]. Ebenso trifft für den Fall, daß nach der Erklärung der Anfechtung die Anfechtungsforderung aufgehoben oder in ihrem Werth gemindert wird oder umgekehrt der Werth der Gegenleistung steigt, die Gefahr einer solchen Veränderung keineswegs die Masse, die Bereicherung um den Werth der Gegenleistung muß nicht trotzdem herausgezahlt und die der Masse nunmehr nachtheilige Anfechtung dennoch durchgeführt werden. Vielmehr reduzirt sich der Erstattungsanspruch von selber mit der Forderung des Anfechtungsberechtigten, so daß der erstere niemals mehr als die letztere betragen kann, einfach deshalb, weil es dem Schuldner an einem Rechtsmittel fehlt, ein etwaiges Mehr erstattet zu verlangen [14].

Ist die Erfüllung der Anfechtungsschuld blos theilweise unmöglich geworden, so wirkt dies in einfacher Konsequenz unsres Prinzipes auf die Erstattungspflicht der Masse an sich nicht ein, sobald nur der Werth der Verbindlichkeit der Masse nicht über den Werth desjenigen Theiles der Anfechtungsforderung hinausgeht, dessen Erfüllung noch möglich ist; namentlich findet nicht etwa eine verhältnißmäßige Reduktion der Erstattungspflicht statt. Nur wo die letztere auf denselben Gegenstand wie der Anfechtungsanspruch geht und also einfach ipso jure dessen Höhe mindert, trifft die Unmöglichkeit der Erfüllung den Anfechtungsanspruch nur in Höhe dieses Restbetrages, und der dadurch bewirkte Ausfall vertheilt sich also verhältnißmäßig auf die zu erstattende Gegenleistung [15].

---

13 Vorbehaltlich der Entschädigungspflicht der Masse wegen Verzuges. Vgl. § 64 Nr. 1.

14 Diese Ansicht scheint bisher nicht aufgestellt zu sein; vielmehr waren bisher nur zwei extreme Meinungen vertreten: entweder, daß die Erstattungspflicht sofort mit der Anfechtungserklärung fällig wird, ohne Rücksicht darauf, ob der Anfechtungsschuldner seinerseits erfüllt oder erfüllen kann — Wilmowski 194, Völderndorff I. 349 f., Otto 180 — oder daß die Gegenleistung erst nach vollständiger Erfüllung der Anfechtungsschuld zu erstatten sei — Fitting 165[6], Sarwey 208, Korn 198.

15 Die Masse hat 600 zu fordern, 200 zu erstatten. Der Gegner verfällt in Konkurs und die Dividende beträgt 25 Prozent. Dann hat die erste Masse $\frac{600 - 200}{4}$, also 100 zu fordern, nicht aber $\frac{600}{4} = 150$, ohne alle Rücksicht auf die Gegenleistung, wie dies der zweiten der in voriger Note erwähnten Mei-

b) Der Konkursanspruch wird zwar gleichfalls mit der Erklärung der Anfechtung fällig. Indeß ist es zweifellos, daß mit demselben gegen die Anfechtungsforderung nicht kompensirt werden darf, und daß er also lediglich wie jedes andere Konkurspassivum an das sukzessiv fortschreitende Vertheilungsverfahren geknüpft ist. Schon hieraus folgt, daß er nicht Zug um Zug mit der Anfechtungsobligation erfüllt zu werden braucht, daß der Verwalter auch nicht Erfüllung desselben anbieten muß, um den Gegner in Verzug zu setzen, endlich, daß im Anfechtungsprozeß nur dann gleichzeitig auf Erfüllung beziehentlich Feststellung beider Ansprüche zu erkennen ist, wenn der Gegner dies im Wege der Widerklage verlangt hat. Auch ein Retentionsrecht kann ihm nicht zugestanden werden.

Auf der andern Seite hat aber der Konkursanspruch die Natur eines selbständigen Rechtes. Der Gegner kann denselben also aus eigner Initiative wie jede andere Forderung geltend machen. Er kann ihn auch dann geltend machen, wenn der Verwalter seinerseits auf die Anfechtung verzichtet hat; ebenso wenn die Sachlage sonst sich verändert hat, und etwa die Anfechtungsobligation selber nicht mehr erfüllt werden kann [16].

4. Berechnung des Erstattungsanspruchs.

a) Die Höhe der Bereicherung, welche die Masse zu erstatten hat, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Erfüllung der Anfechtungsobligation. Allerdings spricht sich auch hierüber das Gesetz nicht aus, und es wird deshalb der Zweifel niemals abzulehnen sein, ob nicht vielmehr der Tag der Konkurseröffnung oder der Anfechtungserklärung der entscheidende Zeitpunkt ist. Indeß spricht gegen die beiden letzteren Daten, daß die Masse nicht freiwillig in den Besitz der Gegenleistung gekommen ist, daß es also auch an jedem Grunde fehlt, ihr die Gefahr der Gegenleistung oder des an Stelle derselben getretenen Werthes aufzuerlegen, und daß erst ein Verzug auf ihrer Seite — mora accipiendi — geeignet ist, diese Gefahr auf die Masse zu übertragen. Auch würde die Anfechtung nicht selten nutzlos sein, wenn die Masse ihre zur Zeit der Konkurseröffnung durch die Gegenleistung bewirkte Bereicherung herausgeben müßte. Denn der Hauptnachtheil des angefochtenen Geschäftes kann ja gerade in den Verlusten bestehen, welche nach der Konkurseröffnung die Gegenleistung treffen, und gegen die sich der Verwalter namentlich in den ersten Tagen des Konkurses nicht ausreichend schützen kann [17, 18].

---

nungen entspricht, oder $\frac{600}{4} - 200 = -50$ (so daß sie also 50 herauszahlen müßte), wie dies aus der ersten ebenda mitgetheilten Ansicht folgt.

16 Nur tritt natürlich, wenn der Gegner in Konkurs verfallen ist, die Kompensation zwischen dem Anfechtungs- und dem Erstattungsanspruche wieder insoweit ein, als sie der anfechtenden Masse von Vortheil ist.

17 Der Kridar hat z. B. seinem Bruder einige Tage vor der Konkurseröffnung

Dies gilt jedoch nur mit der Maßgabe, daß nach einem zunächst einstimmig von den Partikularrechten entwickelten und bei dem Gewicht sachlicher Gründe, welche für denselben sprechen, auch reichsrechtlich anzuerkennenden Gedanken, daß ein Schadensanspruch, sei er deliktmäßig, sei er restitutorisch, denjenigen Nachtheil nicht mitumfaßt, welchen der Beschädigte durch eigene Schuld erlitten hat. Und zwar ist der Maßstab dieser Verschuldung nicht abstrakt, sondern entsprechend dem konkreten Rechtsverhältnisse zwischen dem Beschädigten und dem Gegner zu nehmen, und es muß von dem ersteren diejenige Aufmerksamkeit, diejenige Diligenz gefordert werden, welche ein verständiger, gewissenhafter Mensch auch demjenigen gegenüber beobachtet, der sich ein Versehen gegen ihn hat zu Schulden kommen lassen. Arglist und grobe Verschuldung wird deshalb von dem Beschädigten stets zu vertreten sein; ebenso aber auch ein geringes Versehen, sobald die Anfechtbarkeit ihrerseits nicht auf einem groben Verschulden des Gegners beruht. Wenn also der Gegner nachweist, daß die Bereicherung, welche der Masse durch den anfechtbaren Rechtsakt erwachsen ist, durch ein vertretbares Verschulden des Verwalters seit der Konkurseröffnung sich vermindert hat[19], erhöht sich sein Erstattungsanspruch um den gleichen Betrag.

Von dem Zeitpunkt, wo die Anfechtung erklärt ist, erhöht sich die Verantwortung des Verwalters bezüglich der Gegenleistung insofern, als er sich wenigstens bedingt als Verwalter fremder Sachen ansehen muß. Er haftet also von da ab, selbst wenn den Gegner der Vorwurf einer strafbaren Handlung trifft, für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters und steht für mäßiges Verschulden ein. Sobald er endlich in Verzug — in moram accipiendi — versetzt ist, hat er sogar einen zufälligen Verlust zu vertreten.

b) Analog ist die Verpflichtung des Verwalters zu behandeln, die noch unterscheidbar vorhandene Gegenleistung spezifisch zurückzugewähren. Es ist also die Zeit maßgebend, in der die Anfechtungsobligation erfüllt wird,

---

Werthpapiere mit stark weichenden Kursen abgenommen. Der Verwalter ficht an, kann aber die Papiere nicht in specie wiedergeben, da er sie nach der Konkurseröffnung in Unkenntniß der Anfechtungsmöglichkeit verkauft hat. In diesem Falle kann die Differenz zwischen der Bereicherung zur Zeit der Konkurseröffnung und der zur Zeit der Anfechtung sehr erheblich sein.

[18] So im Resultat auch Stieglitz 179.

[19] Der Gegner wird sich diesen Beweis sehr erleichtern, wenn er den Verwalter seinerseits für den Fall der Anfechtung zu bestimmten Maßregeln, insbesondere also in dem Beispiele der Note 17 zum sofortigen Verkauf der Werthpapiere autorisirt; lehnt der Verwalter alsdann die Maßregel ab, so wird hierin, falls es später zur Anfechtung kommt, der Regel nach ein Versehen desselben zu finden sein. Aehnlich kann natürlich auch der Verwalter verfahren und sich bezüglich wichtiger Maßregeln schon vor der Anfechtung mit dem Gegner in Verbindung setzen.

und ein früherer zufälliger Untergang der Gegenleistung, selbst wenn er nach der Erklärung der Anfechtung eintritt, befreit einfach die Masse von der Erstattungspflicht, ohne den Inhalt der Anfechtungsobligation selbst zu beeinflussen. Vorher haftet der Verwalter also nur für denjenigen Grad der Diligenz, dessen Versäumniß er im konkreten Falle dem Gegner zum Vorwurf macht; von der Anfechtungserklärung ab gilt er als Verwalter fremder Sachen; ist er in Verzug versetzt, so steht er für Zufall ein.

Hiernach entscheidet sich auch die Frage, ob der Verwalter die Gegenleistung, die er unterscheidbar überkommen, veräußern darf. Die Antwort hängt davon ab, ob die Veräußerung ein vertretbares Versehen des Verwalters darstellt. Das Veräußerungsrecht ist ihm deshalb der Regel nach für die Zeit bis zur Erklärung der Anfechtung zuzusprechen, da die Versilberung der Masse durch die Eventualität einer späteren Anfechtung und die derselben folgende Erstattungspflicht nicht aufgehalten werden darf; das Veräußerungsrecht ist ihm dagegen der Regel nach abzusprechen, wenn die Anfechtung bereits erklärt ist, es wäre denn, daß die Veräußerung nothwendig und eine zuvorige Mittheilung an den Gegner nicht zu bewerkstelligen war.

Hat der Verwalter zu Unrecht veräußert, so hat er durch eignes Verschulden die Erfüllung der Anfechtungsobligation unmöglich gemacht, da der Gegner nur gegen Herausgabe der spezifischen Gegenleistung zu erfüllen brauchte. Er haftet also nicht bloß für Schadensersatz, sondern kann Erfüllung der Anfechtungsschuld überhaupt nicht mehr fordern.

c) Der konkursmäßige Erstattungsanspruch des Anfechtungsschuldners geht einfach auf Schadensersatz gegen den Kridar. Die Berechnung der Höhe dieses Anspruches ergiebt sich danach aus dem Landesrecht.

5. Wiederaufleben einer anfechtbar getilgten Forderung. Ein spezieller Fall der Gegenleistung, welche die Masse erstatten muß, ist der, daß der anfechtbare Akt die Tilgung einer Forderung des Gegners enthielt und die Gegenleistung also in der Beseitigung der Forderung bestand. Mag es auch zunächst auffallend erscheinen, die Tilgung einer Forderung unter den Gesichtspunkt der Gegenleistung zu bringen, so war immerhin diesem Gesichtspunkte eine zutreffende Analogie zu entnehmen und eine besondere Bestimmung des Gesetzes leicht zu entbehren[20].

---

[20] Man hat behauptet — z. B. Sarwey 1. Aufl. 177 —, vom Standpunkt der preußischen K.O., die die Erstattung der Gegenleistung in voller Höhe anordne, müsse auch eine Konkursforderung, wenn eine Zahlung auf dieselbe angefochten wird, voll, gleichsam wie eine Masseschuld, befriedigt werden. Das ist nicht richtig. Die Tilgung der Forderung ist allerdings, als Gegenleistung aufgefaßt, rückgängig zu machen, und die Masse wird dadurch zur Vollzahlung verpflichtet. Aber doch nur gerade so, wie sie zur Vollzahlung jeder andern Forderung verpflichtet ist, was eben

Dennoch hat das sonst so knapp gefaßte Gesetz diesem Falle einen eignen Paragraphen gewidmet, dahin, daß, wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, seine Forderung wieder in Kraft tritt. Dieser Satz stimmt nun im Wesentlichen mit dem überein, was die eben erwähnte Analogie ohnehin zweifellos ergab: die Tilgung einer Forderung ist stets eine Bereicherung der Masse, insofern ihr Passivstand sich um den Betrag derselben vermindert, und der Betrag dieser Bereicherung wird dadurch zurückerstattet, daß die Forderung wieder in die Liste der Passiva aufgenommen, mit andern Worten, daß die Forderung selbst zum Zwecke ihrer Berichtigung — der Regel nach in Höhe der Konkursdividende — wieder hergestellt wird[21]. Insofern läßt sich auch gegen die ausdrückliche Regelung dieses Falles im Reichsgesetz nichts erinnern. Nur giebt die gesetzliche Bestimmung in allen wirklich zweifelhaften Fällen einen ausreichenden Anhalt für die Entscheidung nicht, und es muß deshalb stets auf die Analogie der Gegenleistung zurückgegriffen werden, während gerade diese Analogie durch den Gesetzesparagraphen erläutert und ergänzt werden sollte. Es handelt sich dabei um folgende Fragen:

a) Kann mit der wieder entstandenen Forderung gegen Forderungen des Kridars kompensirt werden? Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Frage entweder allgemein zu bejahen, sofern man demselben den Gedanken entnimmt, die Tilgung der Forderung bleibe unbeachtet und letztere gelte einfach als fortdauernd; oder sie ist aus KO. §. 48[2] allgemein zu verneinen, wenn man die Forderung durch die Anfechtung der Zahlung neu entstehen läßt. Beides entspricht der Sachlage nicht. Vielmehr scheint die Zulassung der Kompensation geboten, soweit die kompensable Verpflichtung des Gegners bereits zur Zeit der angefochtenen Leistung begründet war. Die Kompensation ist dagegen unzulässig, sobald die Verpflichtung des Gegners erst später entstanden ist. Beides aus dem Grunde, weil die Anfechtung lediglich eine den Gläubigern zugefügte Verkürzung ausgleichen soll, und nur die beschränkte Kompensationsbefugniß, wie wir sie eben bezeichnet haben, dieses Prinzip nach beiden Seiten hin wahrt. Da-

---

im Resultat zu einer Reduktion sämmtlicher Konkurspassiva führt. Der Unterschied gegen die andern Fälle der Gegenleistung ist, daß die letztere keine kreditirte einseitige Forderung — vgl. oben § 47 zu Note 8 — ist und deshalb ihrer Art nach nicht in's Theil zu gehen braucht. Ganz konsequent enthielt denn auch die Preußische K.O. im Regierungs-Entwurf eine ausdrückliche Bestimmung über diesen Fall nicht, und erst die Landtagskommission schob, um Mißverständnisse zu vermeiden, eine solche ein. Vgl. R.O.H.G. 17[324], Goltdammer 270 f., Wentzel u. Klose 226.

[21] Damit ist die Evitionspflicht, welche bei dem Widerruf einer Angabe an Zahlungsstatt A.L.R. I. 16 § 243 statuirte — und das Einlösungsrecht der Gläubiger A.G.O. I. 50 § 47 — beseitigt.

durch wird auch die komplizirte Erörterung abgeschnitten, ob nicht die nachträgliche Begründung der Kompensation selbständig anfechtbar ist[22].

b) Selbstverständlich lebt die Forderung in ihrer alten Gestalt auf[23], insbesondere mit dem etwaigen Vorzugsrecht, mit ihrer Pfandsicherheit[24], ihrem Anspruche auf Beweisurkunden[25], auf Kompensation mit bereits bestehenden Gegenforderungen u. s. f. Wie nun aber, wenn, wie in den meisten Fällen, die Wiederherstellung dieser Modalitäten der alten Forderung nicht mehr möglich ist, insbesondere die von dem frühern Gläubiger zurückgegebenen Pfänder seitens des Kridars veräußert, die kompensabeln Gegenforderungen des letzteren baar bezahlt sind? Hier läßt uns der Gesetzesparagraph, der eben nur eine Forderung wiederaufleben läßt, welche gegenstandslos ist, völlig im Stich. Unser Prinzip dagegen giebt auch für diese Frage zweifelsfreien Aufschluß: es ist in diesen Fällen einfach zwar nicht die spezifische Gegenleistung, wohl aber deren Werth, soweit er die Masse zur Zeit der Anfechtung bereichert, zurückzugeben: es ist also nicht die Forderung in ihrer alten Gestalt wieder herzustellen, wohl aber der Gewinn zu erstatten, welchen die Masse aus der Vollzahlung der Gegenforderungen des Kridars, aus dem Freiwerden der Pfänder gezogen hat.

c) Wird die Erfüllung der Anfechtungsschuld theilweise unmöglich, verfällt insbesondere der Anfechtungsgegner in Konkurs, so scheint nach dem Wortlaut des Gesetzes die Wiederherstellung der alten Forderung ausgeschlossen zu sein[26]. Das ist durchaus unbillig. Der Sachlage entspricht es vielmehr, daß die benachtheiligte Masse, welche doch um den Betrag eines Konkurspassivums bereichert ist, die angefochtene Zahlung nur gegen Herausgabe der Bereicherung verlangen darf, und daß also auch bei Unmöglichkeit vollständiger Erfüllung der Anfechtungsschuld, die Verpflichtung der Masse, welche ipso iure auf ihrer Forderung lastet, nicht ohne Weiteres fortfällt. Das Rechtsverhältniß ist danach gerade so zu beurtheilen, wie es bei Erstattung einer andern Gegenleistung der Fall war. Der Regel nach tritt also, da die wiederauflebende Forderung sich in einen Anspruch auf die konkursmäßige Dividende verwandelt und insoweit die

---

22 Jemand kauft von seinem Schuldner am 2. und 4. Januar Waarenposten auf Kredit, beidesmal in höherem Betrag als das Objekt seiner Forderung. Letzterer stellt am 10. Januar seine Zahlungen ein. Das Geschäft vom 2. wird aus K.O. § 23² angefochten, das vom 4. ist dagegen nicht anfechtbar, weil Käufer an diesem Tage gar nicht mehr Gläubiger war, der Schuldner ihn also keinesfalls „begünstigen“ wollte. Soll nun der Käufer mit seiner wiederauflebenden Forderung wirklich gegen seine Verpflichtung aus dem zweiten Geschäfte kompensiren dürfen?

23 Wegen der Ansprüche gegen die Bürgen vgl. § 58 Nr. 3.

24 Reichsgericht 3[208]. Wilmowski 197.

25 R.O.H.G. 15[155].

26 Wilmowski 197.

Anfechtungsforderung, soweit sie auf Geld geht, ipso jure kürzt, eine verhältnißmäßige Reduktion sowohl der Anfechtungsforderung wie der Dividende, auf welche der Gegner Anspruch hat, ein[27]. In allen andern Fällen muß dagegen die Masse, falls sie in das Wiederaufleben der getilgten Forderung bei theilweiser Unmöglichkeit der Rückgewähr der anfechtbaren Zahlung nicht zu willigen gesonnen ist, auf die Anfechtung ganz verzichten.

d) Unsrer ganzen Auffassung nach kann die wiederauflebende Forderung nicht als gewöhnliche Konkursforderung gelten, sie braucht deshalb auch nicht zum Konkurse angemeldet und nach Beendigung des Anfechtungsprozesses in einem besondern Prüfungstermine diskutirt zu werden. Sie kürzt vielmehr den Anfechtungsanspruch als eine von Rechtswegen auf denselben gelegte Last und ist Zug um Zug mit demselben zu erfüllen, — selbstverständlich aber nur in der Höhe, in welcher die Tilgung der Forderung eine Bereicherung der Masse enthalten hatte[28].

V. Forderungen des Anfechtungsschuldners außerhalb des Konkurses.

§ 49.

Von dem einzigen Falle der unentgeltlichen Zuwendung abgesehen versagt das Reichsgesetz dem Anfechtungsgegner außerhalb des Konkurses einen Erstattungsanspruch den Gläubigern gegenüber vollständig und verweist ihn auf den Regreß an den Schuldner. Es ist deshalb hier nur zu erörtern, ob dieser letztere Regreßanspruch oder andre Forderungen des Gegners an den Schuldner auf das Anfechtungsrecht der Gläubiger irgend einen Einfluß haben.

1. Forderungen ohne Zusammenhang mit dem anfechtbaren Akt. Mit diesen darf der Gegner nicht etwa gegen die Anfechtungsobli-

---

27 Vgl. oben § 45 Nr. 8. Es wird z. B. eine Zahlung des Kridars A von 1000 Mark auf eine gleich hohe Forderung des B angefochten; auch B verfällt in Konkurs und seine Masse giebt 75, die des A giebt 50 Prozent. Nach der hier vertretenen Auffassung zieht die Masse, die auf B's Forderung eine Dividende von 500 Mark hätte zahlen müssen, diese von ihrem Anfechtungsanspruch, der auf 1000 Mark geht, ab und hat also von dem Rest mit 500 Mark die Dividende von 75 Prozent, also 375 Mark zu fordern, so daß sie durch den Konkurs des B 125 Mark verliert. Nach der entgegengesetzten Auffassung würde dagegen die Masse A's ihren Anfechtungsanspruch voll liquidiren können und also 75 Prozent davon mit 750 Mark erhalten, ohne daß die Forderung des B auch nur theilweise auflebte. Sie hätte also durch den Konkurs des B sogar gewonnen, da sie zwar 250 verliert, dafür aber ihrerseits die auf B's Forderung entfallende Dividende von 500 nicht zu zahlen braucht.

28 Eine spezielle Konsequenz § 62 Note 7.

gation kompensiren, da die Gläubiger nicht Rechtsnachfolger des Schuldners sind und sich also die Kompensation aus dessen Person nicht gefallen zu lassen brauchen. Dagegen darf er wie jeder andere Gläubiger sich der Anfechtung anschließen oder genauer, er kann für seine eigene Forderung sich mit derselben Rechtswirkung aus dem Anfechtungsgegenstand befriedigt machen, als wenn eine dritte Person Anfechtungsschuldner wäre. Denn die Verneinung dieser Befugniß würde zur Folge haben, daß ohne jeden Grund die Befriedigungsmittel für die Forderung des Anfechtungsgegners enger begrenzt würden, als für die Forderungen unbetheiligter Gläubiger [1]. Nur müssen natürlich die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts bezüglich der Aktivlegitimation in der Person des Gegners erfüllt, seine Forderung muß insbesondere fällig und vollstreckbar sein.

Die Konsequenz dieser Befugniß des Anfechtungsgegners ist, daß er in Höhe seiner Forderung mit dem Anspruch der andern Anfechtungsgläubiger konkurrirt. Ob und von wann ab er ihnen vorgeht, bestimmt sich nach den allgemeinen oben entwickelten Grundsätzen [2]. Die Konzentration der Anfechtungsbefugniß in seiner Person tritt aber natürlich schon mit dem Moment ein, wo er den Anschluß an die Anfechtung einseitig [3] erklärt, da dies einem Vertrage des Anfechtungsgläubigers mit dem Anfechtungsgegner offenbar gleichsteht. Praktisch wird er also meist in der Lage sein, das Anfechtungsrecht der andern Gläubiger zu vereiteln.

2. Forderungen, welche der anfechtbare Akt befriedigen oder sicherstellen sollte. Nach strenger Konsequenz war auch hier dem Gegner das Recht nicht abzusprechen, der gegen ihn erhobenen Anfechtung sich anzuschließen. Der Regel nach hätte dies aber, wie eben erwähnt, einen Vorzug des Anfechtungsgegners vor den andern Gläubigern bedeutet, und es läßt sich die Bedenklichkeit dieses Vorzuges nicht verkennen. Der Entwurf zum Anfechtungsgesetz hatte deshalb vorgeschlagen, dem Gegner und dem Anfechtungsgläubiger wegen ihrer Forderung gemeinsam und zwar eventuell nach der Rangordnung, die für das Konkursverfahren gilt, die Verwerthung des Anfechtungsgegenstandes zu gestatten. Die Reichstagskommission glaubte indeß der Dolustheorie, die ja für diese ganze Frage zweifellos entscheidenden Einfluß gehabt hat, mehr zu entsprechen, wenn sie selbst diese gleichberechtigte Konkurrenz des Anfechtungsgegners besei-

---

[1] Der Schuldner zedirt z. B. seinen Kindern schenkungsweise eine Hypothek. Sollen diese deshalb das Recht verlieren, sich wegen ihres Muttererbes aus dieser Hypothek zu befriedigen, sie, die im Konkursfall sogar ein Vorzugsrecht vor den andern Gläubigern haben würden?

[2] Vgl. oben § 41 Nr. 2.

[3] Und zwar unbedingt; nicht blos für den Fall eines unglücklichen Ausgangs des Anfechtungsprozesses. Vgl. oben § 39 i. f.

tigte[4] und hat denselben mit seiner Forderung lediglich an das anderweite Vermögen des Schuldners gewiesen. Dies ist geltendes Recht. Ein Gläubiger, der sich in anfechtbarer Weise Befriedigung zu verschaffen gesucht hat, wird also damit bestraft, daß er nach erhobener Anfechtung aus dem Gegenstande der anfechtbaren Leistung sich auch in ordnungsmäßiger Weise nicht befriedigen darf[5].

3. Der Regreßanspruch des Gegners auf Grund der Anfechtung. Wegen dieser Forderung kann er sich zweifellos der Anfechtung nicht anschließen, und der Anfechtungsgläubiger wird also insofern durch dies obligatorische Verhältniß zwischen Gegner und Schuldner nicht berührt[6]. Dagegen ist eine Kollision zwischen dem Anfechtungsgläubiger und dem Gegner sofort möglich, wenn beide wegen ihrer Forderungen aus dem anderweiten Vermögen des Schuldners Befriedigung suchen. Hier ist namentlich von einem unbedingten Vorzuge des Anfechtungsgläubigers nicht die Rede. Bei einer Mobiliarpfändung insbesondere, die beide ausbringen, entscheidet vielmehr lediglich der Zeitpunkt der Pfändung, sodaß dem Gegner mit seinem Erstattungsanspruche vor dem Gläubiger mit dem Reste seiner durch die Anfechtung nicht voll befriedigten Hauptforderung sogar der Vorrang zukommt, wenn er früher gepfändet hat. Theoretisch ist deshalb auch der Fall als möglich zu bezeichnen, daß die Anfechtung durch eine derartige Konkurrenz des gegnerischen Erstattungsanspruchs den Anfechtungsgläubiger im Gesammtresultat geradezu benachtheiligt.

Dagegen läßt sich auf der andern Seite auch ein allgemeines Vorzugsrecht des Gegners nicht anerkennen; auch nicht in Höhe der Bereicherung, die das exekutionsfähige Vermögen des Schuldners noch zur Zeit der Anfechtung auf Grund seiner Gegenleistung aufweist, obschon nur durch ein Vorzugsrecht dieser Art eine positive Bereicherung der Gläubiger durch Ausübung ihres Anfechtungsrechts vollständig verhindert werden könnte. Selbst wenn die Gegenleistung noch spezifisch im Vermögen des Schuldners vorhanden ist, ist bei der rein obligatorischen Natur dieses Erstattungsanspruchs ein Vorzugsrecht des Gegners bezüglich dieses spezifischen Gegenstandes nicht begründet, und der Anfechtungsgläubiger also thatsächlich in der Lage, sowohl die Leistung des Schuldners wie die des Gegners, welche

---

[4] Vgl. den Bericht des Abg. Wolffsohn in der Sitzung des Reichstags vom 11. Juli 1879 Prot. 2269.

[5] So der Sinn des Gesetzes, Wilmowski zu A.G. § 8 Nr. 3 und alle andern Kommentatoren. Der Wortlaut des Gesetzes: Im Fall einer anfechtbaren „Leistung" kann sich der Empfänger wegen seiner „Forderung" nur an den Schuldner halten, ist freilich von einer bemerkenswerthen Undeutlichkeit und läßt nicht einmal erkennen, daß von einer Leistung auf Schuld die Rede ist. Aehnlich schon der Entwurf § 7.

[6] Wilmowski zu § 8 A.G.

in Erfüllung des anfechtbaren Geschäfts geschah, zu seiner Befriedigung zu verwenden[7]. Nur soweit die Gegenleistung noch aussteht, kann der Gegner einer Beschlagnahme, die nach Erklärung der Anfechtung seitens des Anfechtungsgläubigers oder eines Dritten erfolgt, den Erstattungsanspruch kompensationsweise entgegenhalten und also wenigstens indirekt sich vor den übrigen Gläubigern aus dieser seiner eignen Verbindlichkeit befriedigt machen.

VI. Nebenleistungen.

§ 50.

1. Als Nebenleistungen, welche dem Anfechtungsgegner obliegen, kommen folgende in Betracht.

a) Früchte. Die Gläubiger können erstattet verlangen, was ihnen entzogen ist, — also unbedingt die Früchte, die schon zur Zeit des anfechtbaren Aktes vorhanden waren, sodann aber auch die Möglichkeit fernerweiter Nutzung. Letztere ist aber nur ein Recht auf Erwerb, und es ist deshalb sehr konsequent im römischen Rechte, welches das Aufgeben einer Erwerbsbefugniß als solcher überhaupt von der Anfechtung ausschloß, eine Pflicht, solche Früchte, die nicht bereits der Schuldner gezogen hat, herauszugeben, nicht anerkannt[1]. Das moderne Recht dagegen, welches auch die Entsagung von Erwerbsbefugnissen der Anfechtung unterwirft[2], kann den Anfechtungsgegner zur Herausgabe auch solcher Früchte verpflichten, die der Schuldner zwar nicht gezogen hat, aber doch zu ziehen befugt war.

Mit Rücksicht auf die restitutorische Natur der Anfechtungsobligation hat also der Gegner zunächst dasjenige spezifisch zurückzugewähren, was er aus dem Vermögen des Schuldners empfangen hat, also die bereits von diesem gezogenen Früchte und das Recht auf den weiteren Früchtebezug für die Zukunft. Darüber hinaus ist spezifische Rückgewähr nicht möglich; es ist also das Surrogat herauszugeben, welches an Stelle des Früchtegenusses getreten ist, die wirklich gezogenen Früchte nämlich oder deren Werth, deren Kaufpreis; hat der Schuldner ein Surrogat des Rechtes auf den Früchtebezug nicht oder nicht in zureichendem Maß erhalten, so haftet er nach Maßgabe seines Verschuldens.

Zusammengefaßt, muß er mithin herausgeben:

α. Die Früchte, die er vom Schuldner erhalten oder selbst gezogen hat und noch besitzt: fructus exstantes.

---

[7] Vgl. oben § 47 zu Note 5.

[1] Vgl. oben § 16 Note 12.

[2] Wer dies ablehnt, muß auch die Restitutionspflicht bezüglich der Früchte ablehnen. So auch wirklich Eccius 615[57].

β. Den Werth der Früchte, die er vom Schuldner erhalten oder selbst gezogen hat und die er verzehrt, bez. veräußert hat: fructus consumti.

γ. Den Werth des Nutzungsrechts, soweit er dasselbe durch sein vertretbares Verschulden ohne Gebrauch oder ohne ausreichenden Gebrauch gelassen hat: fructus neglecti.

Dagegen kommt der Gegner für diejenigen Früchte, die zwar nicht er selbst, wohl aber der Schuldner kraft seiner besondern Verhältnisse hätte ziehen können — fructus percipiendi — nicht auf. Denn ein Recht auf diese und die Möglichkeit der Ausübung desselben hat er durch den anfechtbaren Akt nicht bekommen, und kann also durch eine blos restitutorische Klage auch zu deren Erstattung nicht angehalten werden[3].

b) Zinsen[4]. Man wird geneigt sein, diese den Früchten gleich zu behandeln: indeß ergiebt sich vom Standpunkt der restitutorischen Klage aus eine sehr wesentliche Verschiedenheit. Denn aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gegners sind nicht irgendwelche bestimmten Zinsen, sondern es ist nur die rechtliche und faktische Möglichkeit des Zinsgenusses übergegangen, und nur diese oder ihr Surrogat kommt deshalb als Objekt der Rückgewähr in Betracht. Entscheidend ist demgemäß die Frage, ob diese Möglichkeit des Zinsgenusses als „Erwerbsrecht," als Theil des schuldnerischen Vermögens anzusehen ist.

Hier ist nun zu unterscheiden. Der Zinsgenuß gehörte zum Vermögen des Schuldners, wenn bereits für eine bestimmte Person die Verpflichtung zur Zahlung bestand. Ist also insbesondere die Zession einer verzinslichen Hypothek, ist der Verkauf von Aktien nebst Coupons Gegenstand der Anfechtung, so ist unbedenklich auch der Anspruch auf Zinsen und Dividende, — und gegebenen Falles deren Surrogat, die wirklichen erhobenen Raten nämlich, — endlich auch im Falle vertretbaren Verschuldens solche Raten, welche unerhoben verwirkt sind, zurückzugewähren. Waren dagegen die Zinsen dem Schuldner noch nicht geschuldet, so gilt die Möglichkeit, diese zu erzielen, die Möglichkeit also, einen geeigneten Darlehnsnehmer oder eine anderweite zinsbringende Anlage zu finden, als eine einfach thatsächliche Hoff-

---

[3] Deliktmäßig lassen den Gegner haften Mot. 148, Völderndorff I. 343 f., Hartmann 80 f. und fast alle Kommentare, für den Fall seines bösen Glaubens auch Dernburg 2[330] — Witte, Bereicherungskl. S. 146 f. kommt übrigens von seinem Grundsatze aus, daß derjenige, der Fungibilien schuldet, deren Gefahr trägt, zu der allgemeinen Behauptung, daß der Kondiktionsschuldner alle gezogenen Früchte schlechthin ersetzen muß. Dagegen vgl. oben § 44 Nr. 3 flg.

[4] Die Dolustheorie verpflichtet natürlich den Gegner zur Zahlung gesetzlicher Zinsen vom Tage der anfechtbaren Handlung ab. So auch Praxis in Frankreich: Dalloz, repert. 24 Nr. 321, Rousseau 446 Nr. 234, Humblet 445 Nr. 170, letzterer übrigens mit einem ausdrücklichen Protest gegen die Ableitung dieser Zinspflicht aus einer Doluspräsumtion.

nung, welche nicht schon als zum Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet werden kann. Erzielt also der Gegner mit dem anfechtbar erworbenen Kapital Zinsen, so sind diese nicht ex re, sondern propter negotiationem gewonnen, stammen mithin nicht aus dem Vermögen des Veräußernden her und sind nicht zu erstatten[5].

c) Gewinn andrer Art, — insbesondere Prämien, die auf ein Werthpapier entfallen, die Miethszinsen eines Hauses, der Ertrag einer Gasthofspacht, — steht im Allgemeinen den Zinsen gleich, ist also zurückzugewähren, sobald dem Schuldner darauf ein erworbenes Recht zustand, verbleibt dagegen dem Gegner, soweit dieser den Gewinn aus eigenem Recht oder durch eigene selbständige Thätigkeit erworben hat. Namentlich sind also die Miethszinsen zu erstatten, welche aus Kontrakten geschuldet werden, die noch der Schuldner abgeschlossen hat; Zinsen aus Kontrakten, welche der Gegner zu Stande gebracht, fallen dagegen unter die Anfechtungsobligation nicht[6].

[5] Die Pflicht zur Erstattung der Zinsen, auf die der Rückforderungsberechtigte bereits einen Anspruch hatte, folgt aus l. 21 § 1 D. 24, 1 (der Erlaß von Dotalzinsen durch den Mann ist hier der Frau gegenüber ungiltig und die Zinsen sind also nachzugewähren, weil die Frau promiserit et dotis usuras) l. 54 eod. (vir usuras dotis in stipulatum deduxerat easque non petierit) und l. 10 § 22 D. h. t. Dem entgegen muß sich l. 23 pr. D. 39, 5, welche das remittere usuras futuri temporis für eine uneigentliche Schenkung erklärt und das Anrecht auf Zinsen also nicht zum Vermögen rechnet, die Erklärung gefallen lassen, daß der Zinserlaß bei Gelegenheit der Begründung der Kapitalsschuld oder bei Prolongation derselben stattfand, also keine bereits bestehende Zinsschuld betraf. — Dagegen waren Zinsen, die der Schenkende noch nicht zu fordern hatte, nicht zu erstatten: l. 31 § 6 D. 24, 1, l. 23 pr. D. 39, 5 (wogegen Stellen wie l. 15 § 1, l. 16 D. 24, 1, welche der beschenkten Ehefrau die Rückgabe der Zinsen erlassen, um deshalb nichts beweisen, weil die Frau nach l. 17 eod. auch die von ihr gezogenen Früchte nicht zu erstatten braucht). Ebenso sind bei der condictio indebiti Zinsen nur ex mora zu zahlen. Seuff. 1[59]. 2[59]. 13[97], Erxleben 1[207]. 2[489], wogegen bei ihr gemäß l. 38 § 1 ss. D. 22, 1 zweifellos die gezogenen Früchte zu erstatten waren. Auch L.R. I. 16 § 194 f. läßt bei der condictio indebiti nur den unredlichen Schuldner Zinsen zahlen, offenbar gleichfalls um des Verzuges willen, in dem dieser sich ipso jure befindet; ähnlich werden bei der Versionsklage Zinsen nicht gezahlt, Strieth. 84[125]. Im Wesentlichen stimmt diese Ausführung und namentlich die Trennung von Zinsen und Früchten bei restitutorischen Klagen überein mit Savigny, System IV. 40 flg. V. 140 flg. Bezüglich der Zinsen bei der actio pauliana ist der positive Inhalt der römischen Quellen freilich recht zweifelhaft. Vgl. l. 10 § 22 D. h. t.

[6] Die operae und hereditas eines Sklaven, den der Restitutionspflichtige freigelassen hat, sind deshalb zu erstatten, weil der Berechtigte ohne die Veräußerung ein Recht auf diesen Gewinn gehabt hätte l. 65 § 8 D. 12, 6; dagegen läßt sich nicht sagen, daß er ohne die Veräußerung auch auf die Miethszinsen ein Recht gehabt hätte, welche der Restitutionspflichtige sich kontraktlich stipulirt hat. Anders Erxleben I. 195.

Anders steht es mit dem Gewinne, den der Gegner aus der Sache selbst durch die eigene Benutzung derselben zieht, insbesondere dadurch, daß er selbst in dem veräußerten Hause wohnt. Denn die Befugniß zur unmittelbaren Nutzung einer Sache ist genau so wie das Recht auf Früchteziehung an sich Bestandtheil des Vermögens des Berechtigten, und sie ist deshalb, soweit sie ausgeübt und insofern in das Vermögen des Gegners übergegangen ist[7], dem Werth nach von ihm zu erstatten[8].

d) Rechnungslegung. Es entspricht der Entwickelung des modernen Rechtes, einen Schuldner, der zur Herausgabe eines unbestimmten Quantums von Sachen verpflichtet ist, zur positiven Auskunft über Art und Höhe seiner Schuld zu verpflichten, sobald letztere von selbständigen Maßnahmen des Schuldners abhängt. Namentlich für den Fall, daß Früchte, Zinsen, und andrer Gewinn herauszugeben sind, die Letzterer gezogen hat, oder daß an Stelle eines veräußerten Gegenstandes der dafür erzielte Kaufpreis zu erstatten ist, wird diese Auskunftspflicht von Bedeutung und erweitert sich hier gegebenen Falles wenigstens bei dem unredlichen Besitzer zu einer Verpflichtung formeller Rechnungslegung. Da nun auch für den Anfechtungsberechtigten ein sehr bestimmtes Bedürfniß vorhanden ist, daß ihm, etwa bei der Rückforderung eines anfechtbar veräußerten Grundstückes über die zu restituirenden Früchte, Rechnung gelegt wird, wird ihm der Anspruch darauf wenigstens für alle die Fälle zuzuerkennen sein, wo der Gegner nicht positiv seine redliche Ueberzeugung nachweisen kann[9].

e) Abtretung von Forderungen. Diese kommt in Frage, wenn der Gegner den ursprünglichen Gegenstand der Anfechtung veräußert hat oder sonst nicht mehr besitzt oder nur in verschlechtertem Zustande inne hat, ihm dagegen eine Forderung bezüglich dieses Gegenstandes zusteht, sei es auf den beredeten Kaufpreis, auf ein Tauschobjekt, auf kontraktmäßige Rückgewähr, endlich auf Schadensersatz wegen Beschädigung oder Zerstörung durch Dritte. Wir glauben für alle diese Fälle den Gegner zur Zession dieser seiner Ansprüche, die doch dem Werth nach eine Art Surrogat des ursprünglichen Schuldgegenstandes sind, verpflichten zu dürfen[10]. Ist der Gegner gutgläubig, so wird sich seine Verpflichtung in den oben gedachten Fällen sogar meist auf diese Abtretung seiner Forderung beschränken. Ist er dagegen schlechtgläubig und beruht weiter die Thatsache, welche ihm die spezifische Rückgewähr unmöglich macht, auf seinem vertretbaren Verschulden,

---

[7] Vgl. oben § 44 Nr. 3.

[8] L. 65 § 7 D. 12, 6: sic habitatione data pecuniam condicam, . . quanti tu conducturus fuisses.

[9] Vgl. Entsch. 49[21].

[10] Völderndorff I. 343 f. Die Mot. 148, Hartmann 80 und fast alle übrigen Schriftsteller verweisen dagegen auf das Partikularrecht.

so ist er schadensersatzpflichtig, hat deshalb die Möglichkeit spezifischer Rückgewähr, soweit es thunlich, wiederherzustellen und kann mithin genöthigt werden, die ihm zustehenden Forderungen für Rechnung der Masse selbst zu betreiben, — falls die Masse es nicht vorzieht, einfach den Werthersatz in Geld zu verlangen.

f) Urkunden. Bei anfechtbaren Akten pflegt die Ausstellung und Uebergabe von Urkunden eine erhebliche Rolle zu spielen, und ebenso häufig kommt bei Vollziehung der Anfechtung deren Rückgabe seitens des Gegners in Frage[11]. Hier sind zunächst diejenigen Urkunden, welche bereits für den Schuldner ausgefertigt und von ihm gelegentlich des angefochtenen Aktes, — namentlich bei einer Zession — an den Gegner mitübertragen sind, wie jede andre veräußerte Sache zurückzugewähren. Zweifelhaft kann nur sein, ob weiter auch die Urkunden, welche erst bei Gelegenheit des anfechtbaren Aktes gebildet werden, wie der Hypothekenbrief über die vom Schuldner anfechtbar bestellte Hypothek, ein Wechsel, ein einfacher Schuldschein u. s. f. herauszugeben sind: denn sie werden nicht eigentlich den Gläubigern entzogen und fallen daher auch nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht unter die Restitutionspflicht. Indeß fällt ja eigentlich auch die Konstituirung einer neuen Obligation zu Lasten des Schuldners nicht darunter: diese ist anfechtbar nur, weil sie wenigstens indirekt eine Verkürzung der Gläubiger bewirkt, und eine solche indirekte Wirkung wird mehr oder minder auch durch die Urkunden, welche mit materiell-rechtlicher Kraft über den anfechtbaren Akt ausgestellt werden und die, in der Hand des Gegners belassen, im Wege der Zession und des Giro die Gläubiger erheblich schädigen können, hervorgebracht. Die Folge der Anfechtung ist eben deshalb, daß die Verkürzung der Masse und also auch die Urkunden beseitigt werden müssen. An sich genügt dazu, etwa bei Akzepten des Schuldners, die einfache Vernichtung der Urkunden, und es muß sich selbst der Konkursverwalter hiermit begnügen. Wo dagegen zur vollständigen Beseitigung der Verkürzung die Urkunde von positiver Bedeutung ist, wie die Einreichung des Grundschuldbriefes bei Gericht zum Zweck der Löschung der Post, ist auch die Benutzung der Urkunde zu diesem Zwecke zu gewährleisten. Einfache Schuldscheine, Zessionsurkunden[12] und ähnliche blos zu Beweiszwecken dienende Instrumente sind dem Gegner zu belassen, sobald nur die Anfechtungsschuld durch Urtheil oder Anerkenntniß feststeht, weil sie in diesem Falle eine Gefährdung der Gläubiger thatsächlich nicht enthalten und andrer-

---

[11] Auch der Verwalter kann in die Lage kommen, Urkunden herausgeben zu müssen, z. B. den Wechsel, den der Gegner nach Zahlung dem Schuldner ausgehändigt hat. R.O.H.G. 15[155]. Hier kommen die Grundsätze über Erstattung einer Gegenleistung zur Anwendung.

[12] Reichsgericht bei Gruchot 24[1087].

seits der Gegner ein positives berechtigtes Interesse daran hat, die Beweismittel für die spätere Verfolgung seiner Ansprüche dem Schuldner gegenüber in Händen zu behalten.

Die Editionspflicht dauert an sich nur solange, als der Gegner die Urkunde besitzt, und wenn sie verloren ist, hat er seiner Verpflichtung eben in jeder andern möglichen Weise, insbesondere durch Amortisation, Genüge zu thun. Trifft ihn dagegen bei dem Verlust ein vertretbares Verschulden, so kann er zum Schadenersatz und eventuell direkt zur Wiederbeschaffung der Urkunde angehalten werden.

g) Kosten der Rückerstattung. Diese treffen nach allgemeinen Grundsätzen den Gegner, soweit demselben wenigstens, wie hier, eine positive Leistung und nicht ein bloßes Dulden obliegt. Allerdings wird dadurch, ohne daß ein besonderer Rechtsgrund dafür vorhanden zu sein scheint, die Verpflichtung des Gegners über ihren ursprünglichen Inhalt hinaus erweitert. Aber ebenso würde, wollte man entgegengesetzt entscheiden, die Forderung der Gläubiger ohne Rechtsgrund gegen ihren ursprünglichen Umfang vermindert werden. Die mit der Rückerstattung verbundenen Kosten sind eben ein unvermeidlicher „Zufall“, und da einer von beiden Theilen ihn tragen muß, ist er im Zweifel demjenigen aufzuerlegen, in dessen Person er sich ereignet hat[13]. Des Schuldners Sache ist es, da das Gesetz nun einmal von ihm, ohne Rücksicht auf die Kosten, eine gewisse Leistung verlangt, zuzusehen, wie er sich mit der zufälligen Erschwerung derselben, d. h. mit den damit verbundenen Kosten, abfindet. Dagegen treffen bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses die Kosten der Zwangsvollstreckung in das Anfechtungsobjekt den Gläubiger, da der Gegner bereits mit der Zulassung der Zwangsvollstreckung seine Verpflichtung erfüllt hat[14].

2. Die Nebenleistungen der Gläubiger beziehen sich auf die Erstattungspflicht derselben dem Anfechtungsschuldner gegenüber und kommen selbstverständlich nach unserm heutigen positiven Recht nur bei der konkursmäßigen Anfechtung in Betracht[15]. Namentlich kann der Gegner von dem klagen-

---

[13] Code civil 1248: les frais du paiement sont à la charge du débiteur; vgl. noch ib. 1608. H.G.B. Art. 351. Ges. v. 5. Mai 1872 § 61. Damit wird natürlich nicht bestritten, daß die besondere Natur eines Rechtsverhältnisses oder das Verschulden eines Betheiligten eine Ausnahme von diesem Prinzip bedingt. Vgl. namentlich unten § 51 zu Note 12. Nur ist es zu eng, wenn Strieth. 79^{332} und das O.A.G. zu Lübeck, Kierulff 3^{413} die Kostenpflicht überhaupt blos gegen den unredlichen Schuldner aussprechen.

[14] Wilmowski zu A.G. § 6.

[15] Daß dies z. B. bezüglich der nothwendigen Auslagen eine absolute Ungerechtigkeit gegen den Anfechtungsgegner außerhalb des Konkurses ist, ist nicht zweifelhaft. Wilmowski zu A.G. § 8 will deshalb dem Gegner diese Auslagen auch außerhalb des Konkurses erstatten.

den Einzelgläubiger nicht Herausgabe des vollstreckbaren Titels verlangen, weil er kein rechtliches Interesse daran hat, daß der Gläubiger von ferneren Exekutionen gegen den Schuldner Abstand nimmt, und weil außerdem der Gläubiger einen eigentlich vollstreckbaren „Titel" überhaupt nicht zu besitzen braucht. Hervorzuheben sind hier zwei Ansprüche des Gegners.

a) Verwendungen des Anfechtungsschuldners in den Gegenstand der Anfechtung. Diese sind streng genommen keine „Gegenleistung" und würden also nach dem Wortlaut des Gesetzes nur mittels eines Konkursanspruchs zur Erstattung liquidirt werden können. Dies ist aber offenbar dem Sachverhältniß widersprechend und würde dazu führen, daß die Gläubiger sich durch die Anfechtung auf Kosten des Gegners bereichern würden. Es ist deshalb auf die Analogie der Vorschriften zurückzugehen, die bezüglich der Erstattung der Gegenleistung bestehen[16].

Zunächst ist also jede Verwendung zurückzugeben, die unterscheidbar in die Masse gelangen würde, wenn dem Gegner ein Erstattungsanspruch nicht zustände; der Gegner hat also das Recht sie wegzunehmen, er hat das jus tollendi[17]. Ebenso ist aber jede Verwendung voll zu erstatten, wenn und insoweit die dadurch erzielten Vortheile zur Zeit der Rückgewähr seitens des Anfechtungsgegners noch dem Werthe nach vorhanden sind und ohne diese Erstattung mithin eine Bereicherung der Masse hervorbringen würden: alle Ausgaben, die zur Erhaltung und zur dauernden Wertherhöhung der zurückzugewährenden Sache geführt haben.

Außerdem sind aber auch alle diejenigen Verwendungen in Höhe der Konkursdividende zu erstatten, welche nach dem Rechtsverhältnisse zwischen Kridar und Anfechtungsgegner in Folge der Anfechtung von dem ersteren zu vergüten sind, da ja nach der Auffassung des Gesetzes diese Erstattungspflicht des Kridars für die Masse als Konkurspassivum verbindlich sein soll[18]. Da die Erstattungspflicht des Kridars aber der Regel nach auf Schadensersatz geht, also nicht restitutorischer Natur, nicht blos auf die Erstattung von Vortheilen, die ihm zugewendet worden, gerichtet ist, so kommen hier auch Auslagen zur Berechnung, welche für den Kridar ohne Nutzen waren oder deren Nutzen wieder verloren ist. Wesentlich wird nur der gute Glaube des Gegners sein.

Auch formell sind übrigens die Grundsätze analog anzuwenden, welche wir oben bezüglich der Erstattung der Gegenleistung des Anfechtungsschuldners entwickelt haben. Namentlich ist der Anspruch auf volle Erstattung der Verwendungen kein selbständiges Recht des letzteren und kann

---

[16] So im Resultat auch Wilmowski 196, der die Erstattung von Verwendungen als Masseschuld auffaßt, und ähnlich ein Münchener Erkenntniß bei Hartmann 81.

[17] „Unterscheidbar" heißt hier aber soviel als „trennbar".

[18] Vgl. oben S. 275.

nur durch Retention oder durch condictio indebiti geltend gemacht werden. Ein direktes Klagerecht steht dem Anfechtungsschuldner dagegen bezüglich des Konkursanspruchs zu [19].

b) Die Früchte der Gegenleistung. Es sind bezüglich dieser zweifellos die nämlichen Vorschriften anzuwenden, wie bezüglich der Gegenleistung selbst. Sie sind also zu erstatten, soweit sie zur Zeit der Erfüllung der Anfechtungsschuld noch unterscheidbar vorhanden oder doch dem Werthe nach in der Masse befindlich sind [20]. Darüber hinaus ist nur ihr Werth nach Maßgabe der Gewährspflicht des Kridars in Höhe der Dividende herauszuzahlen.

Zinsen und sonstige Gewinne, die aus der Gegenleistung seitens des Kridars oder Verwalters gezogen sind, müssen erstattet werden, wenn dem Gegner bereits ein Anspruch auf dieselben zustand, und dieser Anspruch dem Gemeinschuldner durch den anfechtbaren Akt mit übertragen ist. Erst wenn die Masse in Verzug gesetzt wird, erweitert sich ihre Haftpflicht.

3. Rückansprüche der Masse. Diese kommen namentlich vor, sobald der Kridar oder der Verwalter Verwendungen in die zurückzugewährende Gegenleistung des Schuldners gemacht haben. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

a) Zunächst kürzt jede Verwendung dieser Art, ob sie nun von Erfolg war oder nicht, die Bereicherung der Masse durch die Gegenleistung und kommt deshalb ohne Weiteres von dem Anspruch des Gegners in Abzug, der auf die Erstattung jener Bereicherung gerichtet ist. Nur wo ein Verschulden des Verwalters vorliegt, welches dieser vertreten muß, wird hiervon abzusehen sein, so daß also ganz überflüssige und nutzlose Verwendungen desselben von der Erstattung ausgeschlossen sind. Ein Verschulden des Kridars bezüglich seiner Verwendungen bleibt dagegen selbstverständlich ohne Einfluß.

b) Geht der Erstattungsanspruch auf die noch unterscheidbar vorhandene Gegenleistung, so scheint sachlich zwischen diesem und dem erstgenannten Falle ein Unterschied bezüglich der Verwendungen der Masse und ihrer Rückerstattung nicht zu bestehen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist dagegen die noch unterscheidbar vorhandene Gegenleistung ohne alle Rücksicht auf die Verwendungen, die darein geschehen, und auf die Bereicherung, welche ihr fortdauernder Besitz darstellt, zurückzugeben. Man wird indeß auch hier der sachlichen Konsequenz vor der äußerlichen Wortinterpretation den Vorzug geben und beide Formen des Erstattungsanspruches gleichmäßig

---

[19] A. M. Stieglitz 178, der dem Gegner allgemein ein Klagerecht giebt, soweit das Landesrecht ein solches anerkennt.

[20] Auch fructus neglecti, soweit ein vertretbares Versehen des Verwalters vorliegt; vgl. oben S. 283.

behandeln. Es ist demgemäß dem Verwalter das Recht nicht abzusprechen, auch die spezifisch vorhandene Gegenleistung des Schuldners bis zur vollständigen Erstattung der darein erfolgten Verwendungen zurückzubehalten, und nur die durch sein eigenes Verschulden veranlaßten Ausgaben bilden hiervon eine Ausnahme.

VII. Die Haftung des gutgläubigen Geschenknehmers.

§ 51.

Der gutgläubige Empfänger einer anfechtbaren unentgeltlichen Verfügung haftet nur auf den Betrag, um den er noch bereichert ist. Allerdings kennt auch er, wie jeder andre Anfechtungsschuldner, sobald er den anfechtbaren Akt überhaupt kennt, auch die Eventualität einer künftigen Anfechtung, und sein guter Glaube ist also kein unbedingter. Indeß hält das Gesetz gerade bei den unentgeltlichen Verfügungen jene Eventualität für sehr entfernt, und gestattet daher dem Empfänger, dieselbe zunächst zu ignoriren. Das ist der Grund, weshalb er nur auf seine jeweilige Bereicherung belangt werden kann.

1. Voraussetzungen: a) Eine unentgeltliche Verfügung[1], welche als solche der Anfechtung unterzogen wird. Einschließlich der unentgeltlichen Verfügungen zu Gunsten eines Ehegatten, da das Gesetz diese nicht ausnimmt, und überdies ihre Sonderstellung nur die zeitliche Erweiterung ihrer Anfechtbarkeit, nicht aber intensiv eine strengere Haftung des Ehegatten bezweckt. Ausschließlich dagegen der Rückgewähr und Sicherstellung von Heiratsgut und Illaten. Denn diese können den Charakter strenger Entgeltlichkeit tragen[2], und gehören deshalb schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht hierher; aber auch sachlich liegt ein Grund zu ihrer milderen Behandlung nicht vor, weil Rechtsakte dieser Kategorie ausnahmslos ein viel auffallenderes Gepräge tragen als gewöhnliche Geschenke, und weil deshalb dem Empfänger einer derartigen Zuwendung ohne Unbilligkeit das volle Risiko derselben auferlegt werden kann[3].

Ausgeschlossen sind aber weiter auch alle diejenigen unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners, welche nicht als solche, nicht um ihres unentgeltlichen Charakters willen, sondern aus andern selbständigen Gründen angefochten werden[4]. Dahin gehört namentlich ein Geschenk, welches nach

---

[1] In der R.T.K. beantragte Abg. Goldschmidt die gleiche Beschränkung der Haftung für jeden gutgläubigen Besitzer. Auf Widerspruch des Reg.-Kommissars wurde dieser Antrag indeß abgelehnt. Prot. 27 flg.

[2] Vgl. § 4 zu Note 12.

[3] A. M. Korn 86.

[4] Anders Wilmowski 192.

der Zahlungseinstellung an eine damit bekannte Person erfolgt, ein Geschenk an Verwandte[5], endlich auch die Sicherung und Rückgewähr von Heiratsgut, soweit sie im einzelnen Falle ohne Entgelt geschieht. Denn es wäre unerfindlich, warum derjenige, der streng restitutorisch haften würde, wenn er ein Entgelt gegeben hätte, nun, da er nicht einmal eine Gegenleistung gemacht hat und das Geschäft also um so auffallender, um so gefährlicher ist, eben deshalb einer weniger strengen Haftung unterliegen sollte.

b) Der gute Glaube des Empfängers: also die redliche Ueberzeugung davon, daß das Geschäft eine Verkürzung der Gläubiger nicht enthält. Kenntniß der Insolvenz, einer mißlichen Vermögenslage, ja selbst eines erheblichen Rückganges im Vermögen des Schenkers genügen deshalb vollauf, um die Annahme eines guten Glaubens des Beschenkten auszuschließen[6]. Deshalb ist auch schlechtgläubig, wer mit einiger Aufmerksamkeit die Bedingungen der späteren Anfechtung als vorhanden hätte bemerken müssen, wenn er sie auch durch sein grobes Verschulden thatsächlich nicht bemerkt hat. Denn gerade diese Versäumniß aller Aufmerksamkeit auf berechtigte Interessen Dritter ist diesen gegenüber unredlich und mit gutem Glauben nicht verträglich.

Auch schützt der gute Glaube den Schuldner nur, solange er dauert. Allerdings sagt das Gesetz das nicht und deutet sogar, indem es von dem gutgläubigen „Empfänger" spricht, auf eine gegentheilige Auffassung. Trotzdem besteht sachlich kein Zweifel[7]. Die mala fides superveniens, die für den Eintritt der Anfechtbarkeit ohne Einfluß ist, kann also für den Umfang der Anfechtungsobligation sehr wohl von maßgebender Bedeutung sein, weil sie um deswillen noch keine rückwirkende Kraft in Anspruch nimmt.

2. Umfang der Haftung. Die Unterschiede zwischen der restitutorischen Haftung und der Haftung in Höhe der Bereicherung sind nicht so erheblich, wie die Unterschiede zwischen der letzteren und der deliktmäßigen Verpflichtung. Namentlich trägt, wie bereits dargethan, der Anfechtungsschuldner, auch wenn er die Milderung nicht in Anspruch nehmen kann, welche zu Gunsten des gutgläubigen Geschenknehmers festgesetzt ist, die Gefahr der anfechtbaren Zuwendung nicht. Trotzdem sind die Unterschiede, wie sie im Folgenden entwickelt sind, immerhin von erheblicher Bedeutung.

a) Der Gegner haftet nur, soweit er die Zuwendung noch spezifisch besitzt oder soweit er an Stelle derselben einen Ersatz in Geldeswerth erhalten hat und noch besitzt. Es scheidet also nicht nur aus, was er ohne

[5] Denn diese fallen a fortiori unter § 24². Vgl. oben § 24 Anm. 3.

[6] Vgl. oben § 44 zu Note 22. Die dort erwähnte Ansicht Jäckel's wird offenbar den thatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht.

[7] Mot. 148, Prot. 28, Otto 184. Dieser Punkt ist überhaupt nicht streitig.

Nutzen verloren hat, sondern auch dasjenige, was er zu seinem eigenen Vortheil verwendet hat, sobald ihm dadurch nicht ein neuer positiver Vermögenswerth gewonnen oder durch Ersparniß einer nothwendigen Ausgabe ein Vermögensverlust abgewendet worden ist. Alle Ausgaben also und jede Konsumtion, welche der Empfänger der unentgeltlichen Zuwendung ohne dieselbe nicht gemacht haben würde, kürzen den Betrag der Bereicherung, der ihm durch die Zuwendung zu Theil geworden ist, und mindern demgemäß auch seine Erstattungspflicht[8].

Der maßgebende Zeitpunkt für die Berechnung der Bereicherung ist an sich der der Erfüllung der Anfechtungsobligation. Thatsächlich wird er aber für die Mehrzahl der Fälle dadurch zurückgeschoben, daß der Gegner seinen guten Glauben meist schon mit der Erklärung der Anfechtung einbüßt und daß er mit dieser Erklärung oder mit der Aufforderung zur Erfüllung in Verzug gesetzt wird[9].

Ein etwaiger Mehrbetrag der Bereicherung über den Werth der Zuwendung zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung verbleibt dem Gegner[10]. Dahin gehört die Werthérhöhung des spezifischen Gegenstandes der Schenkung, ebenso die Erzielung eines Kaufpreises, welcher den früheren Werth übersteigt.

b) Die Gegenleistung — man denke an ein negotium cum donatione mixtum — ist voll wieder zu erstatten, auch wenn die Masse um ihren Betrag nicht mehr bereichert ist. Ebenso sind andre mit der Zuwendung verbundene und von ihr abhängige Leistungen des Empfängers der Schenkung, welche dem restitutorischen Anspruch gegenüber nur mittels einer Konkursforderung geltend zu machen sind, von dem Betrage der Anfechtungsschuld voll in Abzug zu bringen: etwa Auslagen, die in Erfüllung eines auf der Schenkung lastenden Modus geschehen, der Verlag von Gerichtskosten, des Schenkungsstempels u. s. f.

c) Verwendungen, die der Gegner in die ihm geschenkte Sache gemacht hat, kürzen gleichfalls in voller Höhe den Anfechtungsanspruch, gleichgiltig ob sie nothwendig oder nur nützlich oder ganz überflüssig, ob sie von dauerndem Erfolge oder überhaupt ohne jede Wirkung, ob sie endlich nach Art und Umfang zweckentsprechend oder selbst durch grobe Nachlässigkeit des Gegners veranlaßt waren.

d) An Früchten braucht der Gegner nur diejenigen herauszugeben, die er wirklich gezogen oder aber vom Schuldner überkommen hat und noch besitzt; hat er sie veräußert oder verzehrt, so haftet er auf den Kauf-

---

8 Petersen 168, Wilmowski 192.

9 Mot. 148.

10 Vgl. oben § 45 Note 23. Uebereinstimmend Völderndorff, Bd. I. 343[4]. 348, Wilmowski 193, Otto 185, Jäckel 152[21], Korn 190. A. M. Meißner 136[12].

preis, den er dabei erzielt, beziehentlich den Betrag der nothwendigen Auslagen, den er dadurch erspart hat. In ähnlicher Weise hat er Zinsen und sonstigen Gewinn aus dem geschenkten Gegenstande zu erstatten, vorausgesetzt, daß schon der Schuldner einen Anspruch auf diese sog. fructus civiles hatte[11].

e) Eine Haftung des gutgläubigen Geschenknehmers für Verschulden findet nicht statt, und selbst eine absichtliche unmotivirte Zerstörung der geschenkten Sache begründet für ihn keine Ersatzpflicht. Denn es fehlt ihm, dem gutgläubigen, die Kenntniß einer Kollision mit fremden Rechten und Interessen, und das ist die Voraussetzung jedes zivilrechtlichen Verschuldens. Daran ändert auch der Grundsatz des preußischen Rechtes, daß selbst der redliche Besitzer für grobes Versehen aufkommen müsse, nichts, da diese positive Vorschrift mit dem Wesen einer reinen Bereicherungsklage in Widerspruch steht und also dem Reichsrecht gegenüber nicht anwendbar ist.

f) Die Verpflichtung des Gegners ist im Wesentlichen passiver Art, und hat also weniger eine Herausgabe der Bereicherung als vielmehr ein Dulden der Fortnahme derselben zum Gegenstande. Deshalb können positive Handlungen, wie etwa die Abgabe grundbuchamtlicher Erklärungen von dem Gegner nur dann gefordert werden, wenn ohne sie die Herausgabe der Bereicherung absolut nicht zu bewerkstelligen ist, und es wird ihm stets zu gestatten sein, durch eine entsprechende Zahlung in Geld die nur durch positive Maßnahmen zu bewerkstelligende Rückgewähr des spezifischen Anfechtungsobjekts, also insbesondere die Rückauflassung eines Grundstücks, zu ersetzen.

g) Die Rückgewähr findet jedenfalls auf Gefahr und Kosten[12] des Anfechtungsberechtigten statt, und zwar an demjenigen Orte, wo die Sache zu der Zeit der Anfechtung sich befunden hat oder wohin sie später in gutem Glauben geschafft worden ist.

3. Erstattungsansprüche des Gegners. Diese gehen wie sie zu 2 b. c. bezeichnet sind erheblich weiter, als dies bei seiner restitutorischen Haftung der Fall ist. Dennoch behalten sie auch bei seiner Haftung auf die Bereicherung rechtlich den nämlichen Charakter: sie sind mithin nicht als selbständige Rechte des Gegners anzusehen, sondern sie sind eine Last, die von Rechts wegen auf dem Anfechtungsanspruche lastet. Deshalb hat auch der Gegner ihretwegen nur ein Retentionsrecht und kann sie nicht durch eine direkt auf ihre Begleichung gerichtete Klage geltend machen. Ebenso sind diese Rückansprüche dem Umfang nach durch den Betrag der Anfechtungsschuld als ihrer Maximalgrenze bestimmt, und die Masse braucht also

---

[11] Vgl. oben § 50 zu 1 b. u. flg.

[12] O.A.G. Lübeck (Kierulff) 3^{413}.

auch in dem Falle nichts herauszugeben, wo das Werthverhältniß der beiderseitigen Ansprüche sich erst nach der Erklärung der Anfechtung zu ihren Ungunsten verändert.

4. Die Beweislast ist theilweise zweifelhaft.

a) Der Beweis des guten Glaubens trifft den Gegner[13]. Denn das Reichsgesetz stellt zunächst ohne Rücksicht auf die Entgeltlichkeit des angefochtenen Geschäfts die strengere Haftung des Anfechtungsschuldners fest, begreift also auch die Verpflichtung des schlechtgläubigen Geschenknehmers darunter, und nur als eine Ausnahme wird sodann für den gutgläubigen Empfänger einer Schenkung eine Milderung seiner Erstattungspflicht zugelassen. Die thatsächlichen Voraussetzungen dieser ausnahmsweisen Milderung müssen aber von demjenigen bewiesen werden, der sich auf dieselbe berufen will. Die herrschende Meinung[14] weicht zwar von dieser Auffassung ab und nimmt an, für den guten Glauben streite die Vermuthung. Wenn sie sich aber zum Beweise auf die Bestimmungen des Partikularrechts bezieht, so kann dieses Argument für ein Rechtsverhältniß nicht in Betracht kommen, welches auf reichsrechtlicher Grundlage basirt ist; vielmehr muß selbst derjenige, der bei der Anfechtung der Gratifikationen und der Verträge zwischen Verwandten — R.K.O. § 23². 24² — mit uns eine eigentliche Präsumtion des bösen Glaubens ablehnt, zugeben, daß dem Reichsgesetz jedenfalls auch der Gedanke fernliegt, der gute Glaube sei im zweifelhaften Falle zu präsumiren.

b) Auch die Fortdauer des guten Glaubens muß derjenige behaupten und beweisen, der eine ausnahmsweise Milderung seiner Verhaftung darauf gründen will. Natürlich mit der Maßgabe, daß der Beweis zum erheblichen Theil schon durch die Berufung auf die unleugbare Thatsache geführt werden kann, daß der gute Glaube an sich ein dauernder Zustand ist, und also nicht für jeden kleinen Theil der kritischen Zeit der Beweis seiner wirklichen Fortdauer besonders erbracht werden muß.

c) Streng genommen müßten die Gläubiger beweisen, daß der Gegner „noch" bereichert ist, und auch die Höhe der Bereicherung, deren Erstattung sie begehren, nachweisen; denn beides gehört zum Fundament ihrer Klage[15]. Indeß entspricht diese Beweisvertheilung der Sachlage in keiner Weise, und es erscheint kaum glaubhaft, daß der Verwalter wirklich innere Vorgänge in dem Vermögen des Gegners solle beweisen müssen, welche diesem doch allein bekannt sein können. Es kann deshalb nur angenommen werden, daß die Milderung der Haftung nicht blos in Betreff der Frage, ob sie überhaupt Platz greifen solle, sondern auch in Betreff der andern Frage,

---

13 Korn 191.

14 Mot. 148, Völderndorff 1. S. 345, Meißner 135¹⁰, Jäckel 164, Hartmann 85.

15 So auch Entsch. 49¹⁰⁶, sobald die Bereicherung nicht in Geld besteht.

in welchem Umfange sie wirksam sei, im Sinne des Gesetzes als Ausnahme gilt und deshalb von demjenigen zu begründen und in ihren thatsächlichen Unterlagen auch bezüglich der zweiten Frage nachzuweisen ist, der sich auf sie beruft, d. h. vom Gegner [16].

---

[16] Uebereinstimmend mit uns Stieglitz 177, Wilmowski 193, Jäckel 165, Korn 191. Wie diejenigen freilich, die eine Präsumtion zu Gunsten des guten Glaubens des Schuldners annehmen und seine mildere Haftung also nicht als Ausnahme auffassen, diese Beweisvertheilung rechtfertigen wollen, steht dahin.

Fünfter Abschnitt.

Wirkung der Anfechtung gegenüber dritten Personen.

Kapitel eins.

Zession des Anfechtungsanspruchs.

§ 52.

1. Das konkursmäßige Anfechtungsrecht kann, sobald der Verwalter einmal die Anfechtung erklärt hat, zedirt werden[1]. Das praktische Bedürfniß fordert die Zulassung einer solchen Zession dringend, da bei sonstiger Liquidität der Masse der Konkurs nicht wegen eines einzelnen weitläufigen Anfechtungsprozesses fortgesetzt werden und andrerseits der Masse ein Verzicht auf die Anfechtung nicht zugemuthet werden kann. Dieser durchgreifenden praktischen Erwägung gegenüber muß sich die so wie so ungenaue Vorschrift des Gesetzes, der Anfechtungsgegner sei zur Rückgewähr „an die Konkursmasse“ verpflichtet, eine freiere Interpretation gefallen lassen, und noch weniger kann ihr ein rein theoretisches Bedenken gegen die Abtrennung des Anfechtungsrechts von den durch dasselbe zu befriedigenden Konkursforderungen die Waage halten. Im Einzelnen gelten folgende Sätze.

a) Die Anfechtungsobligation wird durch die Zession ihrem Umfange nach nicht verändert, selbst wenn die dem Verwalter gewährte Zessionsvaluta, wie dies meist der Fall sein wird, einen erheblich geringeren Werth darstellt. Die Höhe der festgestellten Konkursforderungen bildet also auch nach der Zession die Maximalgrenze, bis zu welcher vom Gegner Rück-

---

[1] l. 10 § 25 D. h. t.: haec actio heredi ceterisque successoribus competit. Dabei ist freilich wohl nur an die Zession der Paulianischen Klage in Verbindung mit der Hauptforderung gedacht.

gewähr der anfechtbaren Zuwendung verlangt werden kann, und eine selbst nach der Zession erfolgende Befriedigung oder anderweite Aufhebung aller Konkursforderungen würde die Anfechtungsobligation gleichfalls aufheben. Dieses Risiko wird aber der Zessionar meist aus praktischen Erwägungen sorglos übernehmen und für den schlimmsten Fall im Wege der Versionsklage von den einzelnen Konkursgläubigern sich die gezahlte Valuta antheilig zurückerstatten lassen.

b) Die Gegenansprüche des Anfechtungsschuldners muß auch der Zessionar gegen sich gelten lassen; soweit sie nur als Konkursforderung geltend zu machen sind, jedoch nur in Höhe der den andern Gläubigern gezahlten Dividende.

c) Die einzelnen Konkursforderungen werden bei zessionsweiser Verwerthung des Anfechtungsanspruchs natürlich nur nach Maßgabe der Zessionsvaluta befriedigt. Der Gemeinschuldner kommt dadurch in eine üble Lage[2]. Nicht blos weil nach Beendigung des Konkurses der ungedeckte Rest seiner Passiva größer sein kann, als bei vollständiger Durchführung des Anfechtungsprozesses durch den Verwalter selbst; sondern namentlich deshalb, weil er dieser unvollständigen Anrechnung der Anfechtungsleistung ungeachtet im Wege des Regresses für die Leistung in vollem Umfange haftbar gemacht werden kann. Hierin liegt denn auch das einzige erhebliche Bedenken gegen die Trennung der Anfechtungsobligation von den eigentlichen Konkursforderungen. Indeß darf auch diesem Bedenken kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden. Denn die Fortsetzung des Konkurses lediglich um des Anfechtungsprozesses willen würde der Konkurskosten wegen in den meisten Fällen ein für den Kridar noch ungünstigeres Resultat ergeben, und doch müßte der Kridar sie sich gefallen lassen. Deshalb kann der Konkursverwalter auch als Vertreter des Gemeinschuldners unbedenklich in die Veräußerung des Anfechtungsrechts unter dem Nennwerth willigen, und damit ist das einzige Bedenken gegen diese Veräußerung formell wie sachlich erledigt.

2. Außerhalb des Konkurses läßt sich ein wirkliches Bedürfniß, das Anfechtungsrecht auch im Wege der selbständigen Zession zu verwerthen, nicht anerkennen[3]. Ebenso ist aber auch formell die Zulässigkeit dieser Zession zu verneinen. Denn das Anfechtungsrecht ist — nicht anders wie jede sonstige Exekutionsmaßregel — zur Befriedigung der Hauptforderung im gemeinsamen Interesse von Gläubiger und Schuldner bestimmt, und es darf deshalb der Gläubiger gerade um des Interesses des Schuldners willen das Anfechtungsrecht nicht in jeder beliebigen Art verwerthen[4], sowenig

[2] Wenn er nicht selbst der Zessionar ist, vgl. unten § 57 Nr. 5.

[3] Jäckel 165.

[4] Scheinbar weicht unsere Auffassung, die § 46 Nr. 4 entwickelt ist, hiervon

wie er sich aus dem Mobiliarvermögen des Schuldners durch freihändigen Verkauf desselben befriedigen darf. In beiden Richtungen zeigt sich eben gleichmäßig der Unterschied zwischen dem Konkursverfahren und der nicht konkursmäßigen Zwangsvollstreckung, der darauf basirt, daß dem Konkursverwalter eine billige Rücksicht auf die Interessen des Schuldners zuzutrauen ist, nicht aber dem Einzelgläubiger. Der Verwalter darf deshalb die Mobilien des Schuldners freihändig verkaufen, der Einzelgläubiger nicht. Der Verwalter kann deshalb auch das Anfechtungsrecht der Masse im Wege der Zession verwerthen, der Einzelgläubiger hat dies Recht nicht.

Kapitel zwei.

Die Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers.

I. Das Prinzip.

§ 53.

Die Anfechtung geht an sich nur gegen denjenigen, der auf Grund eines bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen genügenden Aktes erwirbt. Ein mittelbarer Erwerb reicht deshalb nur dann zu, wenn er speziell durch den anfechtbaren Akt selbst — wie die Erfüllung eines auf einer anfechtbaren Schenkung ruhenden Modus — veranlaßt worden ist. Eine indirekte Bereicherung dagegen, die ein Dritter aus jener Handlung durch selbständige Rechtsakte zieht, fällt an sich unter die Wirkung der Anfechtung nicht. Indeß würde eine solche Beschränkung der Anfechtung den Bedürfnissen des praktischen Lebens bei weitem nicht genügen. Die tägliche Erfahrung lehrt, daß nach der Natur der Sache die anfechtbaren Akte versteckt und verschleiert werden, und deshalb gerade der indirekte Rechtserwerb ein Hauptzweck solcher Handlungen zu sein pflegt. Man mag also immerhin den ersten Erwerber auch über die Zeit seines Besitzes und über den Betrag seiner Bereicherung hinaus haften lassen; ist er insolvent, so verliert die Anfechtung eben dennoch alle praktische Bedeutung. Das Gesetz muß mithin mit allem Nachdruck bestrebt sein, auch den indirekten Rechtserwerb der Anfechtung zu unterwerfen.

Diese Ausdehnung der Anfechtung bietet nun der juristischen Technik eine Reihe von Schwierigkeiten, und es kann nicht behauptet werden, daß das Gesetz in der Lösung derselben sehr glücklich gewesen ist. Im Folgen-

---

ab. Diese setzt jedoch ein Einverständniß des Gegners voraus; ist letztere auch für die Zession zu erlangen, so würde uns auch diese unbedenklich sein, und nur der Regreß des Gegners an den Schuldner wäre durch dieselbe gefährdet.

den wird zunächst auf diese Schwierigkeiten der legislativen Behandlung der Frage einzugehen sein[1].

1. Soll der indirekte Erwerb einer selbständigen Anfechtung unterworfen oder soll die Anfechtung desselben von der Anfechtbarkeit des ursprünglichen Erwerbsaktes abhängig gemacht werden? Das Gesetz entscheidet sich für die letztere Art der Behandlung, indem es die Anfechtung nur dann gegen den Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers zuläßt, wenn sie gegen den letzteren begründet war.

Die Motive führen dies auf ihre Dolustheorie zurück. Die Gläubiger sind, führen sie aus, bereits durch das Geschäft mit dieser Mittelsperson definitiv verkürzt, das streitige Vermögensstück ist rechtsgiltig und unwiderruflich aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geschieden, und die Weiterveräußerung an einen Dritten ist für die Gläubiger keine Schädigung, kann deshalb ihnen gegenüber auch nicht für dolos gelten[2]. Nur beweist diese Argumentation nichts. Denn wenn das praktische Bedürfniß eine selbständige Anfechtung gegen den indirekten Erwerb verlangte, würde sicher die dem Bedürfniß nicht entsprechende Theorie und nicht das Bedürfniß zu weichen und zurückzutreten haben. Trotzdem ist in der Hauptsache die herrschende Meinung durchaus im Recht, und nur in der Motivirung greift sie fehl. Denn man erwäge, daß die hauptsächlichsten Beschränkungen der Anfechtung ihren Grund darin haben, daß die Sicherheit des freien Verkehrs nicht gar zu sehr gestört, die Interessen des gutgläubigen Erwerbers nicht zu empfindlich verletzt werden dürfen. Wird nun aber die Anfechtung zwar gegen den gutgläubigen Erwerber ausgeschlossen, dagegen wider seine sachkundigeren Rechtsnachfolger zugelassen, so wäre die einfache Folge, daß Niemand den Gegenstand, welcher den Gläubigern entzogen ist, von dem ersten Erwerber würde an sich bringen wollen, und der

---

[1] Die Gesetze weichen in der Behandlung des Rechtsnachfolgers sehr von einander ab. Die meisten schweigen ganz, und die Praxis schwankt. Vgl. z. B. Zachariä II. 265[13], Reichsgericht I. S. 200, Delamarre et Le Poitvin, Traité théorique de droit comm. VI. 11[2], Pardessus, droit commercial. III. nr. 1120 —. Im römischen Recht haftete dagegen nur derjenige, der, wie sein Autor, die betrügerische Absicht des Schuldners kannte, Francke, Arch. f. ziv. Pr. 62[468], Fuchs 55 f., Seuff. 28[92.93]; abweichend Seuff. 20[98]; Bayern 1229 und Preußen § 109 stellten endlich auch denjenigen Rechtsnachfolger unter die Anfechtung, welcher ohne Entgelt erwarb. — A.G.O. I. 50 § 56 ließ den Rechtsnachfolger unbedingt haften; Rußl. 1934 kennt nur ein Einlösungsrecht der Gläubiger gegen ihn. — Sachsen 1518, Brem. 42, Lüb. 32 folgen im Wesentlichen dem römischen Recht. Auch Dänem. 29 verlangt Dolus des Sukzessors, bezieht ihn aber nicht auf den Dolus des Schuldners, so daß z. B. eine dolose Abrede zwischen ihm und dem ersten Gegner auch bei bona fides des Schuldners genügt. — Jede Haftung lehnt für niederl. Recht ab Oyens 144 f.

[2] Mot. 150.

Verwalter durch rechtzeitige Publikation des Sachverhalts jenen Gegenstand gleichsam extra commercium setzen könnte. Diese indirekte Anfechtung würde aber den ersten Erwerber in der erheblichsten Weise schädigen, und es kann sein, daß sie ihn härter trifft, als wenn er direkt der Anfechtung unterworfen wäre. Solange also das Gesetz die Interessen des ursprünglichen Erwerbers vor denen der Masse schützen und also gegen ihn die Anfechtung ausschließen will, darf es auch die Anfechtung gegen seinen Rechtsnachfolger, mag dieser noch so sehr in dolo sein, nicht zulassen.

Die Bestimmung des Reichsgesetzes ist also sachlich zutreffend. Nur wäre festzuhalten gewesen, daß sie doch blos auf sekundären Gründen beruht. Deshalb hätte die Anfechtbarkeit des ersten Erwerbs- und bez. Veräußerungsaktes nicht als ein wesentlicher Theil des Fundamentes für die Klage gegen den Rechtsnachfolger gelten brauchen, sondern es konnte wohl dem Einwande überlassen bleiben, die Unanfechtbarkeit jenes ersten Aktes darzulegen. Dies war praktisch im Grunde unabweisbar. Denn die ganze Erleichterung der Anfechtung Verwandten des Schuldners gegenüber wäre andrenfalls schon durch den allerplumpsten Kunstgriff, durch das einfache Zwischenschieben eines Nicht-Verwandten als Mittelsperson, zu umgehen, und der Verwalter müßte den anerkanntermaßen so schwierigen Beweis der paulianischen Anfechtung oder der Anfechtung aus dem Grunde der Zahlungseinstellung — K.O. § 24¹. 23¹ — oder den fast noch schwereren Beweis der Simulation führen, um die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger zu begründen, gerade so, als sei dieser eine dem Schuldner ganz fernstehende Person[3]. Trotzdem läßt das Reichsgesetz durch seine Fassung keinen Zweifel darüber, daß es der entgegengesetzten Meinung folgt, und daß namentlich die Beweisregeln, die für die Anfechtung gegen den ersten Erwerber aufgestellt sind, gegen die Rechtsnachfolger desselben nicht in vollem Umfang gelten sollen. Die Anfechtbarkeit des Erwerbstitels des Ersteren ist mithin nach positivem Recht ein Theil des Klagfundaments bei der Anfechtung gegen den zweiten und die folgenden Erwerber.

2. Für die speziellen Voraussetzungen, welche außer der Anfechtbarkeit gegen den ersten Erwerber die Anfechtung auch gegen dessen Rechtsnachfolger begründen, bietet sich von selbst das Prinzip dar, welches auch sonst so häufig die Ausdehnung obligatorischer Verpflichtungen auf Dritte leitet,

[3] Natürlich müßte das Gesetz in diesem Fall dem Rechtsnachfolger den Regreß gegen seinen Autor versagen. Und auch so läuft dieser Gefahr, daß, trotzdem ihm die Anfechtbarkeit seines Erwerbstitels nicht nachgewiesen werden kann, dennoch Andere den Gegenstand der Anfechtung ihm nicht abkaufen werden, weil sie ihrerseits das Gegentheil nicht beweisen können. Indeß, sobald der Kreis der Personen, gegen welche die Anfechtbarkeit des ursprünglichen Erwerbsaktes nicht bewiesen zu werden braucht, vorsichtig begrenzt wird, reduzirt sich diese Gefahr derart, daß sie füglich, den Interessen der Masse gegenüber, die hier mitsprechen, außer Ansatz bleiben kann.

daß nämlich jeder Dritte mitverhaftet ist, der den Gegenstand der Verpflichtung von dem ursprünglichen Schuldner unentgeltlich oder in Kenntniß der persönlichen Gebundenheit desselben erwarb. Das Reichsgesetz schließt sich indeß diesem sachlich durchaus gerechtfertigten Prinzip nicht an, sondern weicht in zweifacher Beziehung davon ab.

a) Die Unentgeltlichkeit des Titels des Rechtsnachfolgers wird als ein Grund, die Anfechtungsobligation auf diesen auszudehnen, nicht anerkannt. Denn derjenige, führen die Motive aus, der vom ersten Erwerber seinerseits unentgeltlich erwarb, hat sich darum weder selbständig noch durch Theilnahme an einer Handlung des Schuldners einer Rechtsverletzung gegen die Gläubiger des letzteren schuldig gemacht[4]. So richtig dieser Satz ist, so unerfindlich ist, was er beweisen soll. Denn wenn eine Schenkung des Schuldners und ihre Annahme durch den Honoraten, ohne eine Rechtsverletzung zu sein, zur Anfechtung ausreicht, warum soll eine Schenkung des ersten Erwerbers, in Verbindung mit der prinzipalen gegen diesen begründeten Anfechtungsschuld, nicht gleichfalls dazu genügen? Im Gegentheil, der Grund, welcher dort allein[5] zur Anfechtung führt, daß nämlich der Verkehr für den unentgeltlichen Erwerb eine besondere Sicherung am ehesten entbehren kann und die Anfechtung und Rückforderung desselben am leichtesten erträgt, dieser Grund paßt vollständig auch auf die Ausdehnung der Anfechtung auf den Rechtsnachfolger. In dem Falle, wo der erste Empfänger einer Zuwendung des Schuldners dieselbe an einen Verwandten desselben weiterschenkt, läßt denn auch das Gesetz ohne Bedenken die Anfechtung gegen den letzteren zu. Nur ein einziger Unterschied waltet zwischen der Stellung des ersten Geschenknehmers und der Stellung dessen ob, der von diesem oder einem andern Anfechtungsschuldner unentgeltlich erworben hat: daß nämlich dem letzteren, der kaum den ersten Ursprung seines Geschenkes kennt und ihm jedenfalls ferner steht, wie der unmittelbare Empfänger, die Möglichkeit in weit geringerem Grade zusteht, sich über die Eventualität einer künftigen Anfechtung zu vergewissern. Aber einmal deuten die Motive diesen einzigen Grund, der für die vom Gesetz gewählte Behandlung der Sache sprechen könnte, nicht einmal an; und dann verliert er, zumal doch auch der zweite unentgeltliche Erwerber nur auf die Bereicherung haften würde, alle Bedeutung der Gefahr gegenüber, die darin liegt, daß der erste Anfechtungsgegner durch Verschenken des Anfechtungsobjekts, und wäre es an seine nächsten Verwandten, dasselbe einfach den Gläubigern soll entziehen können[6].

---

4 Mot. 152. Anders noch Entw. I. § 39 und Motive dazu.

5 Denn man erinnere sich, daß auch ein Geschenk anfechtbar sein kann, welches vor Eintritt der Insolvenz und in bestem Glauben gegeben wurde. Vgl. oben § 27 Nr. 1.

6 Gegen diese Methode sprechen sich denn auch die Meisten aus: Dernburg II.

b) Auch die Kenntniß der persönlichen Verpflichtung des Autors zur Rückerstattung des Anfechtungsobjekts reicht nur gegenüber den Verwandten des Schuldners aus; dagegen sollen Nichtverwandte nur verhaftet sein, wenn sie die „betrügerische Absicht“ des Schuldners bei Vornahme des ursprünglichen Veräußerungsaktes gekannt haben. Der Rechtsnachfolger werde, führen die Motive aus, dadurch noch nicht zum Mitschuldigen seines Autors, daß er wisse, dieser habe durch seinen Erwerb den obligatorischen Anspruch der Gläubiger verletzt[7]. Allein das ist eben die petitio principii, da ja das gerade die Frage ist, ob nicht diese obligatorischen Verpflichtungen des Rechtsvorgängers gegen einen mit denselben bekannten Dritten von Wirkung sein sollen. Und zudem fehlt doch schlechterdings jeder innere Grund, warum Verwandte des Schuldners auf Grund des nämlichen Verhaltens für Mitschuldige des ersten Anfechtungsgegners erachtet werden sollen, welches Nichtverwandten gegenüber zu der geradezu entgegengesetzten Beurtheilung führt. Diese Trennung der Verwandten und Nichtverwandten ist eben rein positiv und nur durch Zweckmäßigkeitsgründe zu rechtfertigen. Läßt man aber einmal die Zweckmäßigkeit entscheiden, so wird man auch nicht zweifeln, daß die Anfechtung ohne Schädigung berechtigter Interessen und sehr zum Vortheil der Gläubiger auch auf den nichtverwandten Rechtsnachfolger hätte ausgedehnt werden können, der die Anfechtbarkeit des Titels seines Autors kannte. Jetzt ist das Ergebniß, daß, wenn der anfechtbare Akt nicht auf dem Dolus des Schuldners beruhte, der Gegner so gut wie freie Hand hat und sogar absichtlich zum Schaden der Gläubiger veräußern darf, ein Ergebniß, das schwerlich irgendwo Beifall finden wird[8]. Der Dolus des Kridars, dem das Gesetz sonst nur in einzelnen Fällen entscheidende Bedeutung beimißt, wird hier ganz unerwartet zum leitenden Prinzip, hier, wo nicht einmal die Anfechtbarkeit an sich, sondern lediglich die Passivlegitimation eines der Gegner in Frage ist, und der Dolus des Schuldners also noch weniger ins Gewicht fallen kann, wie bezüglich aller andern Fragen.

3. Maßgebend ist hiernach für die Haftung des Rechtsnachfolgers allein seine Sachkenntniß, sein guter oder böser Glaube. Auch für die Konstruktion dieser Begriffe ist eine zweifache Behandlung möglich. Entweder faßt man den guten Glauben rein formal als den Glauben an die Giltigkeit und

---

329[13], Völderndorff I. 360[12], Francke, Arch. f. ziv. Pr. 62[482]; billigend nur Sarwey 182[6], Hullmann 156[2]. Den unentgeltlichen Rechtsnachfolger unterwarf denn auch bereits der Anfechtung A.G.O. I. 50 § 56. Pr. K.O. § 109. Bayern § 1229, wogegen Preußen 35 § 9 und Sachsen § 1518 mit der R.K.O. übereinstimmen.

[7] Mot. 152.

[8] Sobald man sich nur überhaupt von dem römischen Dogma losmacht, daß die persönliche Verpflichtung einer Person von jedem Dritten schlechthin ignorirt werden kann und ihn nicht bindet. Gegen die Motive auch Otto 117.

und Unanfechtbarkeit des Titels des Autors oder man faßt ihn mehr materiell als die redliche Ueberzeugung, daß der Akt der Rechtsnachfolge oder der ursprüngliche Veräußerungsakt die Gläubiger des ersten Veräußerers nicht zu Unrecht schädige. Im ersteren Falle muß die Sachkenntniß des Rechtsnachfolgers sämmtliche — objektive wie subjektive — Voraussetzungen der Anfechtung gegen den Autor umfassen, im letzteren Falle braucht sie sich nur auf die objektiven, nicht blos den Autor persönlich betreffenden Voraussetzungen zu beziehen. Im ersteren Falle ist der Rechtsnachfolger gedeckt, wenn er auch selber die Manipulationen des Schuldners als betrügerisch durchschaut, jedoch aus irgend welchen Gründen die Anfechtung gerade dem Autor gegenüber für ausgeschlossen erachtet[9]; im zweiten Falle schadet dagegen die Unkenntniß irgendwelcher Nebenumstände nicht, die objektiv vorhanden sein müssen, weil sie die Anfechtung gegen den Autor bedingen, es genügt vielmehr, falls der Rechtsnachfolger nur mit — vielleicht völlig verschiedenen — Umständen bekannt ist, die gegen ihn, falls er der erste Erwerber wäre, die Anfechtbarkeit begründen würden[10]. Von diesen beiden Formen der Behandlung hat nun offenbar die erste den Vorzug strenger Folgerichtigkeit, und sie allein kann den wirklich gutgläubigen ersten Erwerber ausreichend davor schützen, daß das Anfechtungsobjekt in seiner Hand extra commercium gestellt werde; die zweite dagegen hat den Vorzug, daß sie den Interessen der Gläubiger erheblich entgegenkommt und chikanöse Einwendungen aus einem für den Rechtsnachfolger an sich ganz gleichgiltigen Detailpunkte abschneidet.

Das Reichsgesetz ist nun auch hier inkonsequent. Es verlangt im Allgemeinen nur die Kenntniß der betrügerischen Absicht des Schuldners, ohne z. B. den Einwand zuzulassen, daß der Rechtsnachfolger zwar den Schuldner, nicht aber seinen Autor für schlechtgläubig erachtet, den Erwerbstitel des letzteren also für giltig gehalten habe[11]. Von Verwandten des Schuldners fordert das Gesetz dagegen volle Sachkenntniß, und es kann hier also auf die Unkenntniß irgend einer speziellen Bedingung der Anfechtung exzipirt werden, wenn sie auch die dolosen Absichten des Rechtsnachfolgers nicht im Geringsten tangirt.

4. Sind die Beweisregeln, die bei der Anfechtung gegen den ersten Erwerber gelten, auch gegen dessen Rechtsnachfolger wirksam und bez. analog auf sie anzuwenden? Das Gesetz entscheidet sich, und zwar im Wesentlichen sachgemäß, für die Bejahung der Frage.

---

[9] Er hält z. B. den ersten Erwerber für gutgläubig oder glaubt, die Angabe an Zahlungsstatt sei vierzehn, nicht zehn Tage vor der Zahlungseinstellung geschehen.

[10] Er kennt den Dolus des Kridars oder dessen Zahlungseinstellung, während die Anfechtung gegen den ersten Erwerber sich auf § 24^2. 23^2. 25^1 gründet u. s. f.

[11] Diesen Einwand ließ zu Sachsen 1518 und im Resultat auch Preußen 35 § 9.

Einmal insoweit als die Anfechtbarkeit des ursprünglichen Veräußerungsaktes nach den nämlichen Regeln gegen den Rechtsnachfolger zu beweisen ist, wie gegen dessen Autor. Der Verwalter braucht also auch gegen den ersteren nur diejenigen Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, die prima facie die Anfechtbarkeit gegen den letzteren begründen, und die Thatsachen, auf welche der letztere sich bei der Anfechtung einer Gratifikation und der Verträge zwischen Verwandten mittels Einrede berufen darf — verbleiben ebenso der Einrede des Rechtsnachfolgers. Dies wird indeß in vollem Umfang nur praktisch, wenn dieser ein Verwandter des Kridars ist. Denn, wie wir sahen, muß den andern Rechtsnachfolgern gegenüber zur Begründung ihrer Haftung der Dolus des Schuldners nachgewiesen werden, und es sind hierfür diejenigen Beweisregeln nicht anwendbar, welche bei der Anfechtung gegen den ersten Erwerber, aber eben nur gegen diesen, dem Gegner den Beweis der bona fides des Schuldners auferlegen[12]; vielmehr ist hier der gesetzlich vorgeschriebene Beweis strikte zu erbringen.

Die zweite und zwar ganz spezielle Uebertragung einer Beweisregel ist die, daß der verwandte Rechtsnachfolger seinerseits den Beweis der eignen Unkenntniß zu führen hat, in offenbarer Analogie mit der Vorschrift der K.O. § 24² [13]. Nur ist gerade hier die Redaktion des Gesetzes eine wenig glückliche gewesen; denn während § 24² bei Anwendung der analogen Beweisregel einen Vertrag voraussetzt, der der Konkurseröffnung nur um ein Jahr vorhergeht und weiter die Gläubiger schon durch seine Eingehung benachtheiligt, beides Momente, welche für die Verschiebung der Beweislast eine objektive sehr bedeutsame Unterlage geben und die damit für den Gegner verbundene Gefahr erheblich vermindern, ist die fragliche Beweisverschiebung dem Rechtsnachfolger gegenüber, ohne jene beiden Momente vorauszusetzen, angeordnet. Es erwirbt z. B. ein Schwager des Schuldners ein Grundstück, das dieser zuvor besessen und demnächst an einen Andern — seinen Sozius etwa — zu einem angemessenen Preise veräußert hatte; stellt sich nun heraus, daß dieser letztere Verkauf auf einer betrügerischen Abrede beruht, um den Kaufpreis dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, so muß der erstgenannte Verwandte des insolventen Schuldners seine Unkenntniß der Sachlage beweisen, obschon er gar nicht in der Lage gewesen sein mag, Verdacht an der Redlichkeit des Geschäftes zu schöpfen und sich sichernde Beweise zu beschaffen. Das ist eine Ungleichheit zwischen dem ersten und dem zweiten Erwerber, die, mag sie auch selten von praktischer Bedeutung werden, schlechterdings nicht zu rechtfertigen ist.

---

[12] Ist also der erste Erwerber ein Verwandter des Schuldners, der zweite nicht, so ist gegen diesen der Dolus des Schuldners zu beweisen; dagegen hat er die Unkenntniß seines Autors darzuthun.

[13] Nach strenger Analogie müßte der verwandte Sukzessor mehr oder weniger auch die Unanfechtbarkeit des Grundgeschäftes darthun.

5. Auch die Beziehungen zwischen dem ersten Erwerber und dem Rechtsnachfolger, mögen sie nun in einem Verwandtschaftsverhältniß zwischen beiden, mögen sie in der Eigenart des Geschäftes bestehen, welches der Rechtsnachfolge zu Grunde liegt, sind offensichtlich für die Ausdehnung der Anfechtung von dem ersteren auf den letzteren von Bedeutung [14]. Dennoch hat das Gesetz darauf kein Gewicht gelegt, wohl durch die Erwägung verleitet, daß die Rechtsnachfolge in solchen Fällen durch eine selbständige Anfechtung beseitigt werden könne, wobei der Rechtsvorgänger als der Hauptschuldner, der Rechtsnachfolger als erster Anfechtungsgegner aufzufassen wäre. Dieses Anfechtungsrecht zweiter Ordnung wird aber durch die Konkurrenz andrer Gläubiger des ersten Erwerbers geschmälert und überdies dadurch, daß es die Erwirkung eines vollstreckbaren Titels für die Anfechtungsschuld voraussetzt, mit Rücksicht auf die dadurch bewirkte Verzögerung meist ganz illusorisch gemacht.

II. Spezielle Voraussetzungen der Haftung des Rechtsnachfolgers.

§ 54.

1. Die allgemeinste Voraussetzung ist eine „Rechtsnachfolge". Dabei ist natürlich zunächst an eine eigentliche Uebertragung der Rechte gedacht, welche der erste Anfechtungsgegner durch das Grundgeschäft erworben hat, die Veräußerung von Sachen, die Zession von Forderungen; ebenso aber auch an jeden andern derivativen Erwerb, die Bestellung eines Pfandrechts [1], eines Nießbrauchs-, eines Miethsverhältnisses [2] an dem Anfechtungsobjekt. Auch die Singularrechtsnachfolge von Todes wegen, insbesondere durch Vermächtnisse, gehört hierher und begründet also nur die beschränkte Haftung, wie jede andre Rechtsnachfolge, obschon gerade hier ein sachlicher Grund nicht erfindlich ist, warum der gutgläubige Besitz pro legato ein Schutz gegen die Anfechtung sein und der Legatar nicht wenigstens stets auf die Bereicherung haften soll.

---

[14] Auch von diesem Gesichtspunkt aus erscheint die Ausdehnung der Anfechtung auch auf den unentgeltlichen Erwerb von dem ersten Anfechtungsgegner zweckmäßig.

[1] Reichsgericht 9[84]. A. M. Jäckel 126[43], weil der Hypothekar nicht Rechtsnachfolger des Besitzers sei; dafür versucht Jäckel auszuführen, daß der Hypothekar, der beim Erwerbe seines Pfandrechts die Anfechtbarkeit des Eigenthums des Verpfändenden gekannt habe, schon nach bürgerlichem Recht dem Anfechtungskläger weichen müsse.

[2] Ob es nun dinglich oder blos obligatorisch wirkt; denn auch in letzterem Falle hat die Anfechtungsforderung, die ja gleichfalls nicht dinglich wirkt, keinen Vorzug vor dem Miethsanspruch, und es muß also der Verwalter, namentlich wenn weite Kündigungsfristen stipulirt sind, mit einer selbständigen Anfechtung gegen den Miether vorgehen.

Zweifelhaft ist es dagegen, wie es mit einem rechtlosen Erwerbe, welcher sich nur äußerlich dem Besitze des ersten Erwerbers anschließt, steht und weiter, ob dem späteren Erwerber der Einwand nachzulassen, die Rechtsnachfolge beruhe auf einem nichtigen Rechtsakt und sei deshalb rechtlich als nicht vorhanden zu betrachten.

An sich schließt hier der Wortlaut des Gesetzes, eben weil er eine „Rechtsnachfolge" verlangt, für den ersten und konsequent also auch für den zweiten Fall, die direkte Anfechtung aus, und auch sachlich scheint in beiden Fällen bei der rein obligatorischen Wirkung der Anfechtung das Band zwischen den Gläubigern und dem späteren Erwerber zu fehlen. Andrerseits wäre es aber völlig irrationell, wenn der Verwalter mit dem Anfechtungsanspruch um deswillen abgewiesen werden sollte, weil der Beklagte das Anfechtungsobjekt dem ersten Erwerber nicht abgekauft, sondern eigenmächtig oder auf Grund eines nichtigen Veräußerungsgeschäftes weggenommen hat, deshalb also, weil seine Rechtsstellung auch von dem eigentlichen Anfechtungsgegner aus gesehen noch mangelhafter ist, als selbst die Klage vorausgesetzt hat. In der That läßt sich denn auch der rechtlose Erwerb als ein Analogon der Rechtsnachfolge auffassen, insofern der rechtlose Besitz stets von dem Rückforderungsrechte des Vorbesitzers, seine thatsächliche Fortdauer also von der Nichtausübung dieses Rechtes abhängig und somit gleichsam von diesem Rechte abgeleitet ist[3]. Lehnt man diese Analogie ab, so entsteht zunächst die Gefahr einer materiell ungerechtfertigten Klagabweisung, wie sie oben hervorgehoben ist; es entsteht weiter eine Vervielfältigung und Verschleppung der Prozesse, wenn zuvörderst der erste Erwerber durch die Anfechtungsklage zur Zession seiner Rechte genöthigt und, nachdem dieser Prozeß durch die Instanzen getrieben ist, mit der actio cessa gegen den dritten Besitzer vorgegangen wird. Die Masse wird ferner, sobald sie die actio cessa gebraucht, das von dem dritten Besitzer gegebene Entgelt, auch trotz seines offenbaren schlechten Glaubens den Interessen der Masse gegenüber, voll erstatten müssen, und endlich entstehen erhebliche Komplikationen, wenn der Anfechtungsschuldner rechtzeitig auf sein Rückforderungsrecht gegen den dritten Besitzer verzichtet und so die actio cessa gegenstandslos macht. Unsre Auffassung hat aber ihre praktische Bedeutung namentlich darin, daß sie eine ganze Reihe verschleierter Sukzessionen trifft, ohne daß erst für jede der schwierige Nachweis zu führen ist, daß sie wirklich nur eine Rechtsnachfolge im engern Sinne verstecken soll. Dahin gehört namentlich, daß der erste Erwerber das Anfechtungsobjekt einem Andern mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkenntnisse ausantwortet, dieser und nicht der Schuldner sei zur Sache be-

---

[3] Oder aber man sagt, daß, wenn sogar der formell rechtmäßige Erwerber der Anfechtung unterworfen sei, der rechtlose Besitzer einfach a fortiori haftbar sein müsse.

rechtigt und der eigne Titel präjudizire diesem besseren Rechte nicht; ebenso gehört der Fall hierher, daß der erste Erwerber das Anfechtungsobjekt sich durch einen Dritten prozessualisch abstreiten läßt[4]. Denn es ist in diesen Fällen zwar kein rechtloser Erwerb, aber auch keine eigentliche Rechtsnachfolge in Frage; vielmehr liegt nur ein Analogon derselben vor. Nach unsrer Auffassung findet aber auch auf einen Erwerb dieser Art die für die Rechtsnachfolge angeordnete Ausdehnung der Anfechtung Anwendung.

Den Gegensatz zu der Rechtsnachfolge bildet also nur ein Rechtserwerb, der von dem Rechte des Vorbesitzers völlig unabhängig ist, wie die Ersitzung und Expropriation oder ein derivativer Erwerb von einem andern Autor. Ebenso aber auch eine bloße Detention im Namen des Vorbesitzers, etwa im Falle eines Depositum oder eines Kommissionsgeschäfts. Denn diese verletzt den Befriedigungsanspruch der Konkursgläubiger nicht selbständig und da eine Zuwendung in das Vermögen des Detentors gar nicht stattgefunden hat, ist dieser überhaupt nicht passiv legitimirt. Sobald freilich der Besitzer in fremdem Namen aus seiner Gewahrsam Rechte für sich selbst herleitet, sobald er insbesondere Ansprüche auf Honorar oder auf Vergütung von Gegenforderungen etwa in Form eines Retentionsrechtes geltend macht, greift auch gegen ihn die Anfechtung Platz; denn dieses Retentionsrecht wird aus dem Verfügungsrecht des Auftraggebers abgeleitet und stellt insofern eine Art Rechtsnachfolge dar[5].

2. Die spezielleren Voraussetzungen der Haftung des Rechtsnachfolgers sind, wie dies bereits im vorigen Paragraphen prinzipiell gewürdigt ist, in zweifacher Weise bestimmt.

a) Verwandten des Schuldners gegenüber wird prima facie nur die Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes vorausgesetzt. Aus welchem Grunde diese Anfechtbarkeit eingetreten ist, ist gleichgiltig, und insbesondere genügt nicht nur ein beiderseits fraudulose Geschäft, sondern ebenso eine unentgeltliche Verfügung, die Rückgewähr von Heiratsgut, jeder lästige, die Gläubiger an sich benachtheiligende Vertrag, sobald auch der Rechtsvorgänger ein Verwandter war u. s. f. Dagegen genügt eben nur die Anfechtbarkeit aus dem Reichsgesetz. Ist das Grundgeschäft nur als Scheinvertrag ungiltig, so fällt diese Ausdehnung der Anfechtung fort, und der Verwalter hat deshalb auch gegen einen Verwandten des Schuldners den bösen Glauben des ersteren darzuthun, sobald dieser böse Glaube des dritten Besitzers nach Partikularrecht Eintritt oder Umfang seiner Haftbarkeit bedingt.

Dem Gegner stehen aber zwiefache Einreden zu. Einmal bezüglich des Grundgeschäfts diejenigen Einreden, welche auch seinem Autor behufs Ab-

---

[4] Der Gegner kann aber eventuell sein besseres Recht beweisen und dann zessirt die Anfechtung. Vgl. oben § 43 zu Note 13.

[5] Hier kann die laudatio auctoris nach Z.P.O. § 73 anwendbar werden.

wendung der Anfechtung gesetzlich [6] zustehen, also, daß der Autor sachunkundig gewesen oder daß dem Schuldner jede fraudulose Absicht gefehlt habe. — §§ 23². 24². — Zweitens aber, daß dem Rechtsnachfolger selbst irgend ein die Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes bedingender Umstand unbekannt geblieben sei. Welcher Art dieser Umstand gewesen ist, und ob der ursprüngliche Anfechtungsgegner selber oder ob der Schuldner ihn zu kennen brauchte, ist gleichgiltig, und nur auf seine objektive Erheblichkeit kommt es an. Ist das Grundgeschäft aus § 24¹ K.O. anfechtbar, so muß der Rechtsnachfolger also die Absicht des Schuldners seine Gläubiger zu schädigen und die Kenntniß dieser Absicht [7] bei dem ersten Erwerber, ebenso bei der Anfechtung von Verträgen zwischen Verwandten — § 24² K.O. —, muß er die Verwandtschaft beider Kontrahenten und die objektive Nachtheiligkeit des Geschäfts gekannt haben u. s. f. Selbst ein Irrthum über das Datum der Konkurseröffnung, welcher zu der Annahme führt, die sechsmonatige Frist des § 26 K.O. sei schon verstrichen, ein Irrthum über das Datum des Grundgeschäfts, wonach die ein- oder zweijährige Anfechtungsfrist — § 24². 25 K.O. — abgeflossen, schließt die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger aus. Selbstverständlich muß aber die Unkenntniß und der Irrthum zur Zeit des Eintritts der Rechtsnachfolge vorhanden gewesen sein. Ein späterer Irrthum nützt also selbst dann nichts, wenn er sich auf eine Thatsache bezieht, welche sich erst nach dem Eintritt der Sukzession zugetragen hat [8], ebenso wenig wie die spätere Beseitigung eines erheblichen Irrthums — mala fides superveniens — ihm schadet.

Unter Verwandten ist derselbe Kreis von Personen zu verstehen, welcher der Anfechtung aus § 24² R.K.O. unterliegt [9]. Namentlich ist festzuhalten, daß die Verwandtschaft bereits zur Zeit des Eintritts der Rechtsnachfolge vorhanden gewesen sein muß, ausgenommen den Fall, daß die spätere Ehefrau des Kridars die Rechtsnachfolgerin ist [10]. Fraglich kann nur sein, ob die Verwandtschaft nicht schon zur Zeit der Vornahme des Grundgeschäfts vorhanden gewesen sein muß. Indeß wird die Frage um deswillen zu verneinen sein, da die Verwandtschaft offenbar mit der Sachkenntniß, die das Gesetz bei der Ausdehnung der Anfechtung auf verwandte Rechtsnachfolger bei diesen voraussetzt, in enger Verbindung steht, und diese Sachkenntniß unzweifelhaft erst zur Zeit der Rechtsnachfolge vorhanden sein muß [11].

---

[6] Ueber andre Einreden aus der Person des Autors vgl. unten § 55 Nr. 3. 4. 5.

[7] A. M. gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes Jäckel 122 f.

[8] So bezüglich des Datums der Konkurseröffnung.

[9] Vgl. oben S. 120 flg.

[10] Vgl. oben § 20 Nr. 6.

[11] Jäckel 123.

b) Gegenüber Nichtverwandten wird gleichfalls die Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes vorausgesetzt. Nur kommt ein Doppeltes hinzu. Erstlich, daß in jedem Falle der Schuldner bei Vornahme des Grundgeschäftes die Absicht gehabt haben muß, seine Gläubiger zu benachtheiligen, wenn schon die Anfechtbarkeit des Grundgeschäfts nicht auf dies Moment gegründet wird [12]. Zweitens, daß auch der Rechtsnachfolger zur Zeit des Eintrittes seiner Sukzession diese Absicht gekannt haben muß.

Ein Mehreres, insbesondere eine weitere Kenntniß von der Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes ist nicht erforderlich, und deshalb selbst ein Irrthum über objektiv sehr wesentliche Punkte, wie etwa über den konkurrirenden Dolus des ersten Erwerbers oder über den Beginn der gesetzlichen Fristen, ohne Belang. Insofern kann dieser Fall der Anfechtung sogar einem verwandten Rechtsnachfolger gegenüber praktisch werden.

3. Das Gesetz spricht sich über die Zeit nicht aus, in der die Rechtsnachfolge stattfinden muß, und es folgt daraus unzweifelhaft, daß auch eine vor der Erklärung des Anfechtungswillens, ebenso eine vor der Konkurseröffnung oder der Zahlungseinstellung eingetretene Rechtsnachfolge der Anfechtung eine ausreichende Unterlage geben kann. Dagegen folgt daraus nicht umgekehrt, daß die Zeit der Rechtsnachfolge für die Anfechtung ganz gleichgiltig sei. Sobald die Anfechtung erklärt ist, ist der Anfechtungsschuldner zur Rückgewähr obligatorisch verbunden. Wenn also ein Partikularrecht die obligatorische Verpflichtung einer Person, sich der Verfügung über ein bestimmtes Vermögensstück zu enthalten, auch gegen Dritte wirken läßt — gegen denjenigen z. B., welcher dieses Vermögensstück in Kenntniß jener obligatorischen Verpflichtung des Besitzers von ihm erwerben will, — so findet diese partikularrechtliche Vorschrift auch auf den Erwerb vom ersten Anfechtungsgegner Anwendung. Denn es kann nicht die Absicht des Reichsgesetzes gewesen sein, durch seine gegen die Rechtsnachfolger des ersten Anfechtungsgegners gerichtete Bestimmung die obligatorische Kraft der Anfechtungsschuld gegen das Landesrecht abzuschwächen.

Die Anfechtung steht danach im Gebiet des preußischen Rechtes auch demjenigen entgegen, der in Kenntniß der erklärten Anfechtung den Gegenstand derselben, wenigstens soweit es sich um eine bewegliche Sache handelt, von dem Anfechtungsgegner erwirbt; ebenso demjenigen, der nach erklärter Anfechtung, in Kenntniß derselben oder ohne solche Kenntniß, eine vom

---

[12] Dadurch wird nach unserer Auffassung jede Leistung an einen Gläubiger dieser Anfechtung zweiten Grades entzogen — vgl. oben § 17 Nr. 4 — und es genügt also ein Grundgeschäft nicht, das aus § 23[1] Satz 2. § 23[2] K.O. anfechtbar ist. Umgekehrt läßt Hullmann 184 die Anfechtung aus § 23[2] genügen, scheidet dagegen die Anfechtung aus § 23[1] Satz 1 und § 25 K.O. aus. Dagegen z. B. Stieglitz 184.

Schuldner anfechtbar begründete Forderung sich zediren läßt, gleichfalls mit Ausnahme der Hypothekenforderungen, Wechselansprüche u. s. f.[13]. [14].

4. Die gesetzlichen Anfechtungsfristen sind für den Rechtsnachfolger die nämlichen, wie sie für das Grundgeschäft dem ersten Anfechtungsgegner gegenüber bestimmt sind, und laufen nicht etwa von dem Tage ab, wo die Sukzession eingetreten ist. Denn auch zeitlich kann die Rechtsstellung des Sukzessors nicht in höherem Maß angreifbar sein, als diejenige seines Autors. Höchstens könnte es zweifelhaft sein, ob nicht mit Rücksicht auf die Analogie, die zwischen der Behandlung der Verwandten des Schuldners als erster Anfechtungsgegner und ihrer Behandlung als Rechtsnachfolger des letzteren im Allgemeinen besteht, auch ihre Haftung in dieser zweiten Eigenschaft auf eine einjährige Maximalfrist von der Konkurseröffnung ab zurückgerechnet zu beschränken sei. Da aber, wie wir oben gezeigt[15], die fragliche Analogie noch in einer zweiten Beziehung nicht in voller Strenge durchgeführt ist, wird auch die Fristberechnung lediglich nach Maßgabe der für das Grundgeschäft geltenden Bestimmungen vorgenommen werden müssen.

Speziell ist noch bestimmt, daß die außergerichtliche Ankündigung der Anfechtung außerhalb des Konkurses, welche zum Zweck einer Verlängerung der Anfechtungsfristen zugelassen ist, nur demjenigen zugestellt zu werden braucht, gegen welchen die Anfechtung durchgeführt werden soll, daß also für die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers die Zustellung an den ersteren genügt[16]. Andrerseits wirkt aber die Zustellung an den ersten Erwerber auch gegen seine sämmtlichen Rechtsnachfolger, selbst wenn die Sukzession früher als die Zustellung vor sich gegangen ist[17]. Nur wenn der als Verwandter des Schuldners in Anspruch genommene Rechtsnachfolger den Beweis erbringt, daß er die Zustellung der Ankündigung an den ersten Erwerber nicht gekannt hat, ist nach der zweifellosen Fassung des Gesetzes diese Zustellung gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam[18].

5. Ist die Rechtsnachfolge eine wiederholte und handelt es sich um eine Mehrheit auf einander folgender Sukzessoren, so ist von vornherein klar,

---

13 Vgl. L.R. I. 10 § 25. I. 11 § 407.

14 Auch der Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage und die damit verbundene Rechtshängigkeit ist nach Z.P.O. § 236 flg. von Einfluß, und Jäckel 112 ist im Unrecht, wenn er diesen Einfluß bestreitet, weil § 236 a. a. O. nur auf dingliche Klagen Bezug habe.

15 Vgl. oben § 53 Nr. 4 gegen Ende.

16 A.G. § 11 Abs. 3.

17 A. M. Jäckel 141.

18 Die Mot. 27 treten für diese unerquickliche Kasuistik noch ausdrücklich ein. Zweifelhaft äußert sich Jäckel 140 flg.

daß auch ein späterer Rechtsnachfolger und namentlich derjenige, der die Reihe derselben schließt und im Besitze ist, sobald bei ihm die im Gesetz vorgeschriebene Sachkenntniß bezüglich des Grundgeschäftes vorhanden ist, der Anfechtung unterworfen sein kann. Es fragt sich aber, ob diese Sachkenntniß genügt, und ob es insbesondere gleichgiltig ist, wenn etwa eine der zwischen ihm und dem ersten Erwerber stehenden Zwischenpersonen die gleiche Sachkunde nicht besessen hat und deshalb für seine Person von der Anfechtung ausgenommen war. Das Gesetz scheint diese Frage zu bejahen, und damit stimmt auch die herrschende Meinung überein [19]. Erwägt man indeß die Gründe, aus denen die Haftung des Rechtsnachfolgers überhaupt beschränkt worden ist, so erscheint diese Meinung nicht haltbar. Der gutgläubige erste Erwerber des Anfechtungsgegenstandes einerseits soll nicht in seinem Veräußerungsrecht dadurch beschränkt werden, daß seine Rechtsnachfolger einer Anfechtung unterworfen würden, der er selber für seine Person nicht unterliegt, und der Rechtsnachfolger andrerseits, welcher mit einem formell rechtmäßigen und in seiner Rechtsstellung nicht angreifbaren Besitzer einer Sache über diese kontrahirt, soll nicht deshalb von dem Erwerbe der Sache ausgeschlossen sein, weil er zufällig über den materiellen Fehler im Titel des Mitkontrahenten informirt ist. Das sind die Gründe, welche die Anfechtbarkeit gegen den ersten Erwerber zur Voraussetzung der Anfechtung gegen dessen Rechtsnachfolger machen, und dieselben Gründe führen in zwingender Analogie dazu, daß das Erlöschen der Anfechtbarkeit bei einem dieser Rechtsnachfolger den von diesem abgeleiteten Erwerb gleichfalls salviren muß. Allerdings führt dies zu dem merkwürdigen Resultat, daß der erste Erwerber selber, wenn er den Anfechtungsgegenstand zuerst an einen gutgläubigen Dritten weiter veräußert, demnächst aber zurückerwirbt, vor der Anfechtung geschützt wird. Aber einmal haftet er doch für den Erlös, den er bei der Veräußerung erhalten, eventuell sogar auf den vollen Werth und die Herausgabe der Sache selbst [20], und dann liegt dieser Fall auch nicht anders, als wenn der Kridar selbst an eine sachunkundige Person veräußert hat, nach der Konkurseröffnung wieder zurückerwirbt, und nun trotz seines Dolus durch den guten Glauben der vorgeschobenen Mittelsperson gegen die Anfechtung gedeckt ist [21].

6. Die Haftung des Rechtsnachfolgers in dem oben bezeichneten Umfange findet auch dann statt, wenn das sonstige bürgerliche Recht an sich denselben milder behandeln würde [22]. Namentlich tritt sie auch für den Fall ein, daß der erste Anfechtungsgegner den Gegenstand der Anfechtung

---

[19] Völdernndorff I. 361[16], Wilmowski 199, Jäckel 116. 126, Korn 126.

[20] Vgl. oben § 45 Nr. 3.

[21] Vgl. unten § 57 Nr. 3.

[22] Anders wenn dasselbe strenger ist. Vgl. oben zu Note 13.

in seinem Handelsgewerbe weiter veräußert oder daran ein Pfand- und Zurückbehaltungsrecht bestellt hat, trotz der entgegenstehenden Vorschrift des H.G.B. Art. 306 flg. Allerdings ist letztere Vorschrift lex specialis. Aber aus der ganzen Fassung der jetzt zur Anwendung kommenden Norm der Konkursordnung geht hervor, daß sie selber die Interessen der Verkehrssicherheit und des guten Glaubens ausreichend zu schützen meint und demnach einem dem Rechtsnachfolger noch günstigeren Rechtsatze des älteren Rechtes derogirt[23].

7. Das Gesetz bestimmt die Haftung des Rechtsnachfolgers derart, daß der Sukzessionsakt selbst als eine anfechtbare Handlung zu qualifiziren ist und demnach für den neuen Erwerber eine selbständige Anfechtungsobligation begründet. Hiernach findet auf ihn auch nur dasjenige Gesetz Anwendung, welches örtlich und zeitlich anzuwenden wäre, wenn die Rechtsnachfolge die Anfechtung überhaupt erst begründet hätte, dasjenige Recht also, welches zur Zeit des Sukzessionsaktes am Wohnort des Schuldners gilt. Ob dagegen das Grundgeschäft anfechtbar ist, ist gegen den Rechtsnachfolger aus dem nämlichen Gesetze zu beurtheilen, wie gegen den ersten Erwerber[24].

III. Gestaltung der Anfechtungsobligation.

§ 55.

Die Rechtsnachfolge, welche den gesetzlichen Vorschriften genügt, begründet eine selbständige Verpflichtung des Sukzessors, neben welcher die Verpflichtungen des ersten Erwerbers, und ebenso der etwaigen Zwischenzessionare, zunächst unverändert fortbestehen. Dies ist das leitende Prinzip, aus welchem die weitere Gestaltung der Anfechtungsobligation bei dem Eintritt eines Rechtsnachfolgers des ersten Gegners in ihren Nexus zu beurtheilen ist.

1. Die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger ist völlig selbständiger Art und interessirt den ersten Erwerber — von seiner Regreßpflicht abgesehen — nicht, und ebenso hat auch der Rechtsnachfolger ein unbedingtes Interesse an der praktischen Durchführung der Anfechtung gegen den ersten Erwerber nicht. Deshalb braucht zunächst keiner von beiden in dem gegen den andern gerichteten Anfechtungsprozeß zugezogen zu werden[1]. Aber

---

[23] Abweichend noch Entw. I. § 39 — vgl. Mot. I. 198 — und zwar um deswillen, weil bei einem vom Kridar nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Geschäft der Rechtsnachfolger sonst milder haften würde.

[24] Francke, Arch. f. ziv. Pr. 62[495]. A. M. Hartmann 14.

[1] Mot. 151, Strieth. 25[110]. 46[204]. 65[150], Entsch. 49[356], Wilmowski 200, Sarwey 181[4]. Zweckmäßig wird es übrigens stets sein, die Anfechtung in einem Prozeß gegen beide Theile durchzuführen — Strieth. 94[273] —, schon um eine Eides-

weiter ist auch materiell die Verbindung der einen mit der andern Anfechtung nicht nothwendig. Der erste Anfechtungsschuldner kann nicht verlangen, daß die Anfechtung gleichzeitig oder gar im Voraus[2] gegen den Rechtsnachfolger erklärt und durchgeführt werde, und ebenso muß bei der Klage gegen den letzteren die Anfechtung gegen den Autor zwar „begründet“, sie braucht aber gegen ihn nicht ausgesprochen und erklärt zu sein. Vielmehr hängt es lediglich von der Willkür der Gläubiger bez. des Verwalters ab, ob sie von dem Anfechtungsrechte nur gegenüber dem ersten Erwerber oder dem Rechtsnachfolger oder gegenüber allen Beiden Gebrauch machen wollen, und solange sie nicht, gerichtlich oder außergerichtlich, den Anfechtungswillen gegen Beide erklärt haben, treten die Wirkungen der Anfechtung auch nur zum Nachtheil oder zu Gunsten dessen ein, gegen den die Erklärung erfolgt ist.

Uebrigens werden beide Theile, auch wenn die Anfechtung nur gegen einen von ihnen erklärt ist, als Nebenpartei in den gegen den andern gerichteten Prozeß eintreten dürfen. Der Autor sowohl als Intervenient wie als Litisdenunziat, da ihm eventuell eine Regreßpflicht droht, der Sukzessor als Intervenient, weil er ein Interesse daran hat, die Anfechtbarkeit des Titels seines Autors als die Bedingung der gegen ihn selbst gerichteten Anfechtung schon im Voraus zu widerlegen.

Bei dieser Selbständigkeit verbleibt es auch, wenn die Anfechtung gegen beide Theile erklärt ist. Die Gläubiger können formell in gesonderten Prozessen gegen Beide vorgehen. Sie können ebenso auch materiell die Anfechtungsschuld nur von einem von ihnen beitreiben, und Beide haften, wenn den Autor nicht die der Rechtsnachfolge zu Grunde liegende Veräußerung nach allgemeinen Grundsätzen befreit hat oder umgekehrt der Rechtsnachfolger nur theilweise in die Anfechtungsschuld eingetreten ist, ähnlich wie Solidarschuldner. Nur die definitive Erfüllung der Anfechtungsschuld seitens des einen Verpflichteten befreit den andern.

2. Die Anfechtungsschuld des Rechtsnachfolgers bestimmt sich inhaltlich nach den nämlichen Grundsätzen wie die Obligation des ersten Erwerbers. Er haftet also lediglich, wenn und soweit eine Zuwendung in sein Vermögen stattgefunden hat. Seine Haftung ist deshalb nur eine theilweise, wenn er blos in einen Theil der dem Autor gemachten Zuwendung eintritt; er haftet nur für die geringere Qualität der Zuwendung, wenn diese sich in der Zeit zwischen der Vornahme des Grundgeschäfts und

---

zuschiebung de veritate zu ermöglichen, und um für den Fall, daß der Rechtsnachfolger nicht überführt werden kann und sich gar als Besitzer in fremdem Namen entpuppt, die Gefahr der Verjährung bezüglich des Anspruchs gegen den ersten Erwerber zu vermeiden.

[2] Dies ordnet Bayern 1226 an.

des Sukzessionsaktes verschlechtert hat[3]. Wenn endlich die Weiterveräußerung seitens des ersten Erwerbers ihrer Art nach für die Gläubiger nachtheilig gewesen ist, ohne daß dieser Nachtheil sich als eine entsprechende Bereicherung des Rechtsnachfolgers darstellt — jener veräußert z. B. zusammengehörige Brillanten an verschiedene Personen —, so kommt der Sukzessor trotz voller Kenntniß dieses Umstandes für den Schaden nicht auf[4].

Auch die weitere Haftung des Rechtsnachfolgers während seines eignen Besitzes bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln, und es ist danach zu beurtheilen, inwieweit ein Verschulden bei ihm vorliegt, inwiefern er in gutem oder bösem Glauben ist, über den Besitz des ursprünglichen Anfechtungsgegenstandes hinaus haftet u. s. f. Und zwar kommt dabei der gute oder böse Glaube des ersten Erwerbers nicht weiter in Betracht, und es kann also die Haftung des Rechtsnachfolgers eines gutgläubigen Geschenknehmers von vornherein eine strengere sein, wie die seines Autors.

Eine Ermäßigung seiner Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung wie bei dem gutgläubigen Geschenknehmer findet niemals statt, selbst wenn er in gutem Glauben und ohne Entgelt in den anfechtbaren Erwerb eintrat. Denn die Ausdehnung der Anfechtung gegen ihn erfolgt niemals wegen der Unentgeltlichkeit seines Erwerbes als solcher, diese ist also durchaus unwesentlich und nicht geeignet, zu einer analogen Anwendung der für den gutgläubigen Geschenknehmer getroffenen Bestimmungen zu führen.

3. Die Erstattungsansprüche des Rechtsnachfolgers. Dieser kann seine eigne dem Autor gegebene Gegenleistung niemals erstattet verlangen[5]. Denn da er nicht blos auf die Bereicherung haftet, kann er sie nicht ohne Weiteres von der Hauptleistung in Abzug bringen. Auch kommt die Gegenleistung als solche nicht in das Vermögen des Schuldners oder in die Masse, und der Erstattungsanspruch kann also auch nicht auf eine Bereicherung der Gläubiger durch jene Gegenleistung gegründet werden[6]. Endlich ist der Kridar nicht persönlich für die Gegenleistung, welche ein späterer Rechtsnachfolger seines Mitkontrahenten diesem gegeben hat,

---

[3] Man denke namentlich an eine Veränderung des Hypothekenstandes.

[4] Daß die Deliktstheorie zu einer strengeren Haftung des Rechtsnachfolgers führt, ist selbstverständlich: die strenge Konsequenz ist einfach Solidarhaft des Autors und des Sukzessors. So, jedoch mit verschiedenen charakteristischen Abschwächungen, Stieglitz 184, Wilmowski 200, Otto 116, Jäckel 160. Umgekehrt ließ Strieth. 94[273] gegen den Autor nur eine Präjudizialklage zu.

[5] Mot. 153. Das Folgende ergiebt sich aus der prinzipiellen Entwicklung, die oben § 47 gegeben ist.

[6] A. M. Wilmowski 201. Anders steht es natürlich, wenn der Rechtsnachfolger die Gegenleistung des ersten Erwerbers seinerseits zur Ausführung übernimmt.

regreßpflichtig, und es fehlt deshalb auch die Unterlage für den Erstattungsanspruch[7] als Konkursforderung.

Was dagegen die Gegenleistung des ersten Erwerbers betrifft[8], so kann der Sukzessor diese selbständig liquidiren, sobald sie unterscheidbar in der Masse vorhanden ist oder dieselbe bereichert hat. Ist dies nicht der Fall und der Erstattungsanspruch also bloße Konkursforderung, so fehlt es dem Rechtsnachfolger zunächst an der Aktivlegitimation, diese Forderung geltend zu machen, und es muß also letztere ihm erst besonders zedirt werden[9].

Die Erstattungsansprüche des ersten Erwerbers endlich bleiben zunächst, sobald die Anfechtung auch ihm gegenüber erklärt wird, unverändert, und es ist nur hervorzuheben, daß er auch dasjenige, was er seinem Rechtsnachfolger im Wege des Regresses zu zahlen hat, mittels des konkursmäßigen Erstattungsanspruchs liquidiren kann. Dieser konkursmäßige Erstattungsanspruch ist ihm aber auch dann nicht zu versagen, wenn die Anfechtung gar nicht ihm gegenüber erklärt wird; denn der Regreß gegen den Kridar, welcher diesem Anspruch zu Grunde liegt, kann auch schon aus Anlaß der Anfechtung gegen den seinerseits regreßberechtigten Rechtsnachfolger genommen werden.

Ist die Gegenleistung des ersten Erwerbers noch unterscheidbar in der Masse, oder ist diese um ihren Werth bereichert, so kürzt sich also bei der konkursmäßigen Anfechtung die Verpflichtung sowohl des ersten Erwerbers wie die seines Rechtsnachfolgers um den Betrag der Erstattungspflicht der Masse. Es hängt von der Willkür des Verwalters ab, wem von beiden er sie speziell in Anrechnung bringen soll. Nur ist zu beachten, daß der Gegner, soweit die Rückgewähr der spezifischen Gegenleistung möglich ist, nur Zug um Zug mit derselben zu erfüllen braucht, der Verwalter also zwar die Gegenleistung herausgeben kann, an wen er will, alsdann aber auch nur von diesem Zahlung fordern darf. Will der Verwalter die solidarische Haftung der Gegner nicht fahren lassen, so muß er die Gegenleistung denselben gemeinschaftlich herausgeben und es dem Prozeß zwischen ihnen überlassen, die Frage zu entscheiden, wem die Gegenleistung definitiv verbleiben soll.

4. Verwendungen des Rechtsnachfolgers stehen denen des ersten Erwerbers völlig gleich. Sind sie danach überhaupt erstattungsfähig, so kürzen sie den Anfechtungsanspruch der Masse von Rechts wegen. Deshalb kann der erste Erwerber, wenn er belangt wird, die Verwendungen des Rechtsnachfolgers, und umgekehrt kann dieser, wenn er die Anfechtungs-

---

[7] Vgl. unten zu Note 17.

[8] Völdernborff I. 363 gestattet deren Liquidation stets, wogegen Mot. 153, Stieglitz 180, Fuchs 56 auf das Partikularrecht verweisen.

[9] Bayern 1229 nahm eine gesetzliche Zession an.

obligation erfüllen soll, die Verwendungen seines Autors in Abzug bringen [10].

5. Da die Gläubiger bei der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger die Anfechtung nicht auch gleichzeitig gegen den Autor zu verfolgen brauchen, so können sie sich offenbar über dessen persönliche Anfechtungsschuld auch gütlich mit ihm einigen, ihm Stundung bewilligen, ihm seine Verpflichtungen ganz erlassen u. s. f. Daraus folgt konsequent, daß sie, da sie den Autor überhaupt nicht zu verklagen brauchen, auch dann, wenn sie wirklich gegen ihn die Anfechtungsklage angestellt haben, im Prozeßbetriebe freie Hand behalten, und daß ihnen also auch ein mangelhafter Prozeßbetrieb und selbst die Abweisung der Klage nicht bei dem Prozeß gegen den Rechtsnachfolger schaden kann. Deshalb kann sich der letztere auf ein die Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes verneinendes Erkenntniß, das nicht ihm, sondern dem Autor gegenüber ergangen ist, nicht wirksam berufen [11]. [12]. Ebensowenig kann er sich auf die Verjährung stützen, durch welche das Anfechtungsrecht gegen den ersten Erwerber verwirkt ist.

Dies alles gilt jedoch nur für den Fall, daß die Rechtsnachfolge vor der Rechtskraft der Vorentscheidung oder vor der Begründung einer sonstigen Einrede stattgefunden hat. Denn andrenfalls leitet der Sukzessor seine Rechte von einer Person her, gegen welche die Anfechtung bereits zur Zeit der Sukzession nicht mehr begründet war, und es kann deshalb von einer Ausdehnung der Anfechtung auf ihn keine Rede sein [13].

6. Das Rechtsverhältniß zwischen Autor und Sukzessor [14] bestimmt sich nach dem Vertrage oder dem sonstigen Rechtsgrunde, auf welchem die Sukzession beruht. Dieser Rechtsgrund bleibt also an sich trotz der Anfechtung fortbestehen. Der Vertrag insbesondere, welcher zu der Rechtsnachfolge geführt hat, mag er nun Kauf oder Schenkung sein, bleibt giltig [15], und nur rein äußerlich greift die Anfechtung in dies Verhältniß ein. Der Regreßanspruch des Rechtsnachfolgers gegen den ersten Erwerber ist also ebenso zu konstruiren, wie der Regreßanspruch des ersten Erwerbers gegen den Schuldner: der Regel nach in Gemäßheit der Grundsätze, welche das bürgerliche Recht bezüglich der Entwehrung beim Kaufe aufgestellt

---

[10] Vgl. oben § 50 Nr. 2.

[11] Wilmowski 199, Otto 116, Korn 125. A. M. Mot. 151, Hartmann 94, Jäckel 111 und früher Strieth. 6[1], Entsch. 23[123].

[12] Natürlich steht auch umgekehrt dem Rechtsnachfolger ein Erkenntniß nicht entgegen, welches dem Autor gegenüber die Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes bejaht. Anders Strieth. 92[330].

[13] Eine vorher gegen den Autor ergangene Entscheidung präjudizirt dem Rechtsnachfolger gleichfalls.

[14] Vgl. Entsch. 72[25].

[15] Strieth. 61[8] lehnt deshalb ausdrücklich die Annullirung dieses Vertrages ab.

hat [16]. Hervorzuheben ist, daß hiernach theilweise ein direkter Regreßanspruch des Rechtsnachfolgers gegen den Schuldner mit Ueberspringung der zwischenstehenden Personen eintreten kann [17].

IV. Haftung des Erben.

§ 56.

Die bisherige Erörterung betraf nur die Haftung des Singularsukzessors. Daß dagegen der Universalsukzessor ohne Weiteres und ohne alle speziellen Voraussetzungen und Einschränkungen der gegen seinen Autor begründeten Anfechtung unterliegt, folgt so unmittelbar aus dem ganzen System des modernen Erbrechts [1] und ebenso aus den Zwecken des Anfechtungsrechts, daß die ausdrückliche Anerkennung dieses Rechtssatzes in dem Reichsgesetz [2] im Grunde nur etwas Selbstverständliches besagt. Fraglich könnte nur sein, in welchem Umfange der Erbe haftbar gemacht werden soll, und gerade über diese Frage giebt das Gesetz keine Auskunft. Hält man jedoch daran fest, daß die Anfechtungsschuld nicht deliktartig, sondern restitutorisch oder gar nur auf die Herausgabe der jeweiligen Bereicherung gerichtet ist, so wird man nicht zweifeln, daß sie auf den Erben in demselben Umfange übergeht, wie jede andere persönliche Verbindlichkeit, der Erbe also voll für dieselbe haftet, soweit er nicht rechtzeitig durch Aufstellung eines Inventars sich die Qualität als Benefizialerbe verschafft hat [3].

Gleichgiltig ist es, ob die Anfechtung bereits zur Zeit, wo der Erblasser noch lebte, gegen ihn erklärt worden ist.

Die Frage, ob die Voraussetzungen der Anfechtung und ob namentlich die gesetzlich erforderte Sachkenntniß des Gegners vorhanden ist, beantwortet sich selbstverständlich aus der Person des Erblassers. Kommt es dagegen auf den guten Glauben des Gegners während der Dauer seiner Besitzzeit, kommt es namentlich darauf an, ob ein bestimmter von ihm vorgenommener Verwaltungsakt ein vertretbares Verschulden darstellt oder ob

---

[16] Vgl. unten § 57 zu Note 4.

[17] Vgl. L.R. I. 11 § 150. In diesem Falle kann übrigens der Rechtsnachfolger seine eigene Gegenleistung unmittelbar als Konkursforderung liquidiren, vgl. oben zu Note 7.

[1] So übrigens schon l. 10 § 25 D. h. t.

[2] R.K.O. § 33, A.G. § 11.

[3] Nach der Dolustheorie beschränken dagegen Fuchs 55, Stieglitz 182 die Haftung des Erben auf der Höhe des Nachlasses. Mit unsrer Auffassung stimmen überein Dernburg II. 322[13], Hartmann 93.

er — bei Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung — nur auf seine noch vorhandene Bereicherung haften soll, so ist auch die Sachkenntniß, sind auch die Absichten des Erben entscheidend [4].

Kapitel drei.

Der Schuldner.

§ 57.

Nach dem Gesetze begründet die Anfechtung nur den Gläubigern gegenüber Unwirksamkeit des angefochtenen Aktes. Wie sie ausschließlich auf einer Kollision der Gläubiger und des eigentlichen Anfechtungsgegners beruht, spielen sich auch ihre Wirkungen zwischen beiden ab. Deshalb wird der Schuldner zunächst von der Anfechtung gar nicht betroffen, und, wenn dennoch seine Rechtsstellung durch dieselbe geändert wird, ist dies nur eine sekundäre Wirkung der Anfechtung, ist mehr thatsächlicher als rechtlicher Natur, ähnlich wie auch sonst ein Eingriff von außen, etwa die Zerstörung der geschuldeten Sache durch einen Unbetheiligten, auf ein obligatorisches Verhältniß modifizirend wirkt.

Zunächst bleibt also das Rechtsgeschäft, der Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner als solcher unverändert in Geltung, wenn schon er von den Gläubigern thatsächlich mit Erfolg angefochten wird, und lediglich das bürgerliche Recht hat zu entscheiden, inwieweit die mit der Anfechtung und event. der Konkurseröffnung verbundene Störung der faktischen Erfüllung und Vollziehung des Rechtsgeschäftes die Befugnisse und Verpflichtungen beider Kontrahenten modifizirt [1]. Es kann also zunächst die kontraktliche Verpflichtung des Schuldners einfach fortdauern, etwa wenn die Anfechtung ein einseitiges noch nicht erfülltes Schuldversprechen desselben betrifft [2]. Meistens wird dagegen die Verpflichtung des

---

[4] Natürlich nur soweit eine Veränderung der Zuwendung in Frage kommt, die sich nach dem Tode des ersten Erwerbers zugetragen hat.

[1] Mot. 112. A. M. Fitting 162², der die Worte des § 22 R.K.O. „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" dahin auslegt, daß die Anfechtung nur im Interesse und zum Vortheil der Gläubiger erfolge.

[2] Dies Schuldversprechen kann im Fall der Konkurseröffnung natürlich nur in das später erworbene Vermögen des Kridars vollstreckt werden. Kann aber bei Abschluß eines Akkordes volle Erfüllung des Anspruchs aus der freiwerdenden Masse gefordert werden? Eine ähnliche Frage betrifft den Anspruch des Geschenknehmers. Vgl. Dernburg II. 317²¹. Bezüglich der nichtkonkursmäßigen Anfechtung vgl. oben § 49.

Schuldners in eine Schadensersatzverbindlichkeit umgewandelt werden, und zwar nach Maßgabe des kontraktlichen oder außerkontraktlichen Verschuldens, welches ihm bezüglich des anfechtbaren Aktes dem Anfechtungsgegner gegenüber zur Last fällt, oder auch ohne sein Verschulden, wenn ihm gesetzlich oder nach besonderer Abrede die Haftung auch für eine zufällige Unmöglichkeit, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, auferlegt ist. Andrerseits entscheidet auch das Landesrecht darüber, inwiefern ein überwiegendes Verschulden des Anfechtungsgegners seine Ersatzansprüche beschränkt und inwieweit beiderseitiger Dolus den Regreß an den Schuldner überhaupt ausschließt[3].

Von allgemeinerem Interesse, und in dieser Abhandlung auch bereits mehrfach berührt, ist dabei die Frage, welchen Charakter die Ersatzverbindlichkeit des Schuldners bei Anfechtung eines lästigen Vertrages hat. Eine völlig zutreffende Analogie läßt sich freilich bei der Singularität der Rechtsverhältnisse, welche die Anfechtung hervorbringt, im bürgerlichen Rechte nicht finden, aber gerade um deswillen darf man diejenige Analogie, die noch am ehesten diesen Rechtsverhältnissen entspricht, um einzelner Verschiedenheiten willen nicht von der Hand weisen. Mit diesem Vorbehalte aber läßt sich die Verwandtschaft der Anfechtung seitens der Gläubiger mit der Entwehrung beim Kaufe nicht verkennen[4]. Denn das Wesen der Entwehrung beruht auf der Voraussetzung, daß der Käufer das „Haben" einer Sache auf Grund der mangelhaften rechtlichen Lage verliert, in welche der Verkäufer seiner kontraktlichen Verpflichtung entgegen ihn gesetzt hat. Die Wirkung der Anfechtung besteht aber gleichfalls darin, daß der anfechtbare Akt dem Erwerber ein Recht nur mangelhaft, nämlich unter gleichzeitiger Belastung mit der Anfechtungsobligation verschafft hat, und zwar um der persönlichen Verhältnisse und Absichten des Schuldners willen, die bereits zur Zeit der Vornahme des Aktes in der Hauptsache vorhanden gewesen sein müssen[5]. Und legt man darauf Gewicht, daß die Eviktion stets auf einem besseren Rechte Dritter beruhen müsse, so liegt auch dieses in dem Anfechtungsanspruche der Gläubiger ausreichend vor; denn daß dieses bessere Recht dinglich gewesen sein müsse, ist nirgend ge-

---

[3] L.R. I. 6 § 23 schließt den Regreß nur bei „verbotenen" Handlungen aus; daß aber bedingt verbotene Handlungen — und ein anderes sind anfechtbare Akte nicht — nicht ohne Weiteres unter diese Kategorie fallen, zeigt das Beispiel der außergerichtlichen, durch Uebergabe vollzogenen Schenkung, die noch Niemand als Delikt qualifizirt hat. Vom Standpunkt der R.K.O. schließen wir deshalb den Regreß nur innerhalb der Grenzen der Strafbestimmungen — § 209 flg. — aus, ohne damit etwa allgemein „verboten" und „strafbar" identifiziren zu wollen.

[4] A. M. Fitting 162^2, und zwar, da er die Anfechtung in Vertretung des Kridars erfolgen läßt, ganz konsequent.

[5] Die Anfechtung zählt also nicht zu den futuri casus, die nach l. 11 pr. D. 21, 2 nicht als Eviktion gelten.

sagt, und im Gegentheil die Eviktion in einem der Anfechtung völlig analogen Falle, nämlich bei der Restitution eines Minderjährigen, als vorhanden anerkannt[6].

Im Folgenden sind noch einige einzelne Punkte zu erörtern:

1. Der Schuldner braucht nicht neben dem Anfechtungsgegner mitverklagt zu werden. Denn da der Anfechtungsprozeß keine absolute Vernichtung von rechtlichen Verhältnissen bezweckt, sondern nur zwischen bestimmten Interessenten, den Gläubigern und dem Empfänger der anfechtbaren Zuwendung, die Wirkung des streitigen Rechtsaktes beseitigen soll, sind auch nur diese Interessenten wesentlich Anfechtungspartei[7].

2. Dagegen kann der Schuldner als Nebenpartei, sei es auf die Streitverkündigung des Anfechtungsgegners[8], sei es aus eignem Antriebe als Intervenient[9] in den Prozeß eintreten. Sein Interesse zur Sache ist bei seiner Regreßverbindlichkeit unzweifelhaft. Ebenso besitzt er aber auch die erforderliche Prozeßfähigkeit, selbst wenn über sein Vermögen Konkurs eröffnet worden ist. Denn die Prozeßfähigkeit mangelt dem Kridar ebenso wie die anderweite Dispositionsbefugniß nur bezüglich des zur Masse gehörigen Vermögens. Da der Anfechtungsprozeß aber gerade darauf beruht, daß die Zugehörigkeit eines Werthes zur Masse streitig ist, und dem Kridar der Rechtsweg bezüglich des Umfanges der Konkursmasse und der Grenzen seiner Dispositionsbeschränkungen unversagt bleibt, so ist er auch als Gegner[10] der Anfechtung völlig prozeßfähig. Seine Rechtsstellung als Nebenpartei richtet sich denn auch in diesen Fällen lediglich nach den allgemeinen Regeln, und es kann ihm namentlich auch — in den Grenzen des §. 64 Z.P.O. — die selbständige Vornahme von Prozeßhandlungen aller Art nicht versagt werden.

3. Als Hauptpartei kann der Schuldner selbständig nur in einem Falle auftreten, wenn er nämlich als Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers den Gegenstand der Anfechtung zurückerwirbt. Im Falle der Konkurseröffnung natürlich aber nur bei einem Erwerbe nach der Eröffnung des Verfahrens; denn nur solch ein späterer Erwerb fällt nicht ipso iure in die Masse und muß deshalb gerade wie von einem Fremden durch Anfechtung zurückgefordert werden.

---

[6] L. 39 pr. D. eod.; ähnlich bei der actio communi dividundo l. 34 § 1 eod. Vgl. auch L.R. I. 5 § 323.

[7] Mot. 114, Hullmann 135[3], Gruchot 327[3], Oyens 142. Anders für die Anfechtung außerhalb des Konkurses Entsch. 27[156], Strieth. 10[156]. 15[196].

[8] A. M. aus recht wenig überzeugenden Gründen Kranichfeld 46.

[9] A. M. Wilmowski 152, weil dem Kridar ein ausreichendes Interesse fehle. Anders Wilmowski selbst für die nicht konkursmäßige Anfechtung zu A.G. § 8.

[10] Nicht aber als Intervenient für die Anfechtung. Vgl. § 42 Nr. 5.

4. Sehr nahe läge es, den Kridar für die Erfüllung der konkursmäßigen Anfechtungsobligation mit seinem nach der Konkurseröffnung erworbenen Vermögen haften zu lassen, wenigstens für den Fall, daß ihm dabei ein Verschulden zur Last fällt. Entbehrt die Exemtion des neu erworbenen Vermögens von dem Zugriff der Konkursgläubiger bei der Elastizität des heutigen Konkursverfahrens überhaupt eines stichhaltigen Grundes, so gilt dies vollends da, wo der Kridar sich jeder Begünstigung unwürdig gezeigt hat. Dennoch läßt sich de lege lata eine solche Haftung des Kridars nicht begründen. Vielmehr ist der Satz, daß nur das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Kridars zur Masse gehöre, vom Gesetz ausnahmslos aufgestellt, und, zugegeben, daß den Konkursgläubigern gegen den Kridar ein Entschädigungsanspruch auf Grund des anfechtbaren Aktes zustände, würde auch dieser Anspruch lediglich aus dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Vermögen zu begleichen, er würde also werthlos sein [11].

Anders, wenn der Kridar sich nach der Konkurseröffnung neuer Unterschleife schuldig macht, wenn er insbesondere die Verfolgung der Anfechtung durch thatsächliche Dispositionen, Unterdrückung von Urkunden, Verstecken von Werthobjekten erschwert. Hier kann seine Pflicht zum Schadensersatz nicht in Zweifel gezogen werden, und er muß dafür auch mit dem neuerworbenen Vermögen haften.

5. Das Anfechtungsrecht ist ein Bestandtheil der Masse, welcher nur für die Konkursgläubiger und nicht etwa auch indirekt für den Kridar begründet ist und deshalb nach Beendigung des Konkurses auch nicht auf den Kridar übergeht. So auch im Falle des Akkordes: denn auch hier erhält der Gemeinschuldner nur ein Verfügungsrecht über die Masse „zurück“ [12], und tritt also in solche Befugnisse der Masse nicht ein, die ihm weder vor der Konkurseröffnung zugestanden haben noch später „für ihn“ erworben sind [13].

Anders wenn der Anfechtungsanspruch dem Kridar ausdrücklich abgetreten ist [14].[15]. Dieser Fall kann namentlich für das Zustandekommen eines

---

11 Anders das römische Recht l. 25 § 7 D. h. t. und für das neuere Recht auch Fuchs 54. Gegen diesen Gruchot 21^{894}, Hullmann 135^{3}, Otto 160.

12 R.K.O. §§ 177. 192.

13 Entsch. 51^{416}. 73^{77}, Strieth. 45^{192}. 49^{293}, Entsch. 47^{388}, Gruchot 75^{34}, Reichsg. 7^{35}. So auch in Frankreich und Niederl. Rousseau 446 Nr. 218, Oyens 136, Sirey-Gilbert, c. d. c. annoté Art. 446 Nr. 42, Dalloz, repert. 24 Nr. 325 flg.; abweichend die bei Dalloz a. a. O. zitirte Entscheidung, Holtius 154, Humblet 445 Nr. 109 und sehr nachdrücklich Alauzet, comm. du c. de c. VI. Nr. 2703 flg.

14 Hierüber vgl. oben § 42 Nr. 5 u. § 52 Nr. 1.

15 Eine solche Zession erwähnt Strieth. 45^{192} ausdrücklich, ohne sich über ihre Giltigkeit auszusprechen.

Akkordes von Erheblichkeit sein, da durch Uebertragung des konkursmäßigen Anfechtungsrechts auf den Kridar Pfändungen, die einzelne Gläubiger kurz vor der Konkurseröffnung erwirkt haben, auch nach Abschluß des Akkordes entkräftet werden könnten und der Kridar dadurch in die Lage kommt, den andern Gläubigern eine vielleicht erheblich höhere Akkordquote zu gewähren. Hat nun eine Zession dieser Art stattgefunden, so vereinigt sich in der Person des Gemeinschuldners einmal das Recht, auf Grund der Unwirksamkeit eines Rechtsaktes eine bestimmte Leistung zu fordern und daneben zweitens die ursprüngliche Verpflichtung, den nämlichen Rechtsakt als giltig anzuerkennen. Der Widerspruch zwischen diesem Recht und dieser Pflicht, — der mit zu den eigenthümlichsten Erscheinungen des Anfechtungsrechts gehört, — ist verschieden zu lösen. Handelt es sich nämlich um ein von dem Kridar selbst oder von seinem Vertreter geschlossenes Rechtsgeschäft, ist er persönlich und obligatorisch daraus verpflichtet, so geht diese Verpflichtung als die ältere vor, der Anfechtungsanspruch muß derselben weichen und ruht also. Ist dagegen der Gemeinschuldner durch den anfechtbaren Akt nicht persönlich gebunden, handelt es sich insbesondere um die Anfechtung einer Pfändung, so geht der Anfechtungsanspruch als das speziellere Recht der allgemeinen dinglichen Verpflichtung vor, und das Pfandrecht unterliegt also auch nach Beendigung des Konkurses der Anfechtung.

Kapitel vier.

Personen, die außerhalb der Anfechtungsobligation stehen.

§ 58.

Trotz der beschränkten Wirkung der Anfechtung können Personen, die an sich außerhalb der Anfechtungsobligation stehen, mit derselben in Berührung kommen, und es entsteht dadurch eine nicht unerhebliche Komplikation der Rechtsverhältnisse, wie sie die Nichtigkeit der Rechtsakte, gerade um ihrer durchgreifenden Wirkung willen, keineswegs zur Folge hat. Wir unterscheiden folgende Fälle:

1. Ein Fremder hat mit dem Schuldner zusammen und auf dessen Seite den anfechtbaren Akt vorgenommen, etwa eine Veräußerung oder Verpfändung gemeinsamer Vermögensstücke oder die Begründung einer gemeinsamen Verpflichtung. Läßt sich hier auf die Betheiligung eines jeden von Beiden eine selbständige Rechtswirkung zurückführen, so ist natürlich diejenige, welche der Schuldner veranlaßt hat, anfechtbar, diejenige, welche auf den Fremden zurückgeht, ist dagegen giltig. Dahin gehört die Veräußerung theilbarer Sachen oder Forderungen, die alsdann nur zu einer

Quote anfechtbar ist. Weiter die Begründung selbständiger solidarer Verpflichtungen, etwa durch gemeinsames Wechselakzept, wo die eine Verpflichtung ganz ungiltig, die andere dagegen in vollem Umfang giltig ist. Endlich die Verfügung über untheilbare Vermögensstücke, über welche jeder der Verfügenden für sich allein, und nicht blos in gleichzeitiger Vertretung des anderen, vollständig disponiren darf, wie z. B. bei den aktiven Korrealobligationen, wo dann zwar der Rechtsakt des Schuldners fortfällt, der für sich allein wirksame Akt des Mitberechtigten dagegen seine volle Geltung auch zum Nachtheil des Schuldners behält.

Schwieriger ist das Rechtsverhältniß, wenn sich für die Thätigkeit des Schuldners eine selbständige rechtliche Wirkung nicht nachweisen läßt, z. B. bei einer Forderung, welche dem Schuldner und einem Fremden innerhalb des Gebiets des preuß. Landrechts durch Erbgang zufällt, und von beiden noch vor der Nachlaßtheilung an den Gegner zedirt wird.

Hier ist maßgebend, daß der Gegner selbständig verpflichtet ist, das angefochtene Geschäft den Gläubigern gegenüber rückgängig zu machen und die ihm dadurch aus dem schuldnerischen Vermögen zu Theil gewordene Zuwendung zurückzugewähren. Bei der Untheilbarkeit der Zuwendung ist dies freilich spezifisch nicht möglich, daraus folgt aber einfach, daß der Gegner den Werth zu erstatten hat, um den die ganze Zuwendung einerseits das Vermögen des Schuldners verkürzt, andrerseits das eigene Vermögen vergrößert hat[1].

2. Ebenso kann umgekehrt der anfechtbare Akt gegenüber mehreren Personen als Empfängern vorgenommen worden sein, von denen die eine — weil nur sie mit dem Schuldner verwandt war oder allein dessen Zahlungseinstellung kannte — zur Anfechtung passiv legitimirt, die andere dagegen der Anfechtung nicht ausgesetzt war. Auch hier ist zunächst zuzusehen, ob nicht dem einen Empfänger gegenüber eine selbständige Rechtswirkung eingetreten ist, die alsdann allein der Anfechtung unterliegen würde. Der Verkauf theilbarer Sachen z. B. ist dieses Falls zu einer Quote anfechtbar, zu einer andern Quote vollgiltig; ein Darlehnsversprechen an mehrere Kaufleute ist dem einen gegenüber wirksam, dem andern gegenüber unwirksam und muß daher im Resultat voll erfüllt werden[2]; endlich ist eine anfechtbare Zahlung des Akzeptanten bei einer Mehrheit von Wechselregreßpflichtigen, von jedem derselben, bei dem subjektiv die Voraussetzungen der Anfechtung vorhanden sind, gegebenen Falles voll zurück-

---

[1] Im obigen Beispiel also eine Quote des Werths der zedirten Forderung, wie sie der Erbquote des Schuldners entspricht. Noch weiter geht R.O.H.G. 23⁴¹⁷. Vgl. noch ebend. 20¹⁴⁶ und oben § 45 Nr. 6.

[2] Man nehme etwa an, der Schuldner habe bereits die Provision dafür empfangen, so daß der Verwalter nicht mehr zurücktreten kann.

zuerstatten, da jeder von ihnen durch die Zahlung von seiner vollen Regreßschuld befreit ist.

Lassen sich dagegen die Rechtswirkungen den einzelnen Empfängern gegenüber nicht trennen, etwa bei einem Darlehn, wo zwar ein jeder der Empfänger in solidum verpflichtet ist, ohne daß doch jeder wirklich das ganze Darlehn für sein eigenes Vermögen erhalten hätte, so ist die Erfüllung der Anfechtungsschuld in specie nicht möglich, und es hat deshalb der Anfechtungsgegner denjenigen Werth zu erstatten, um den nachweislich sein eigenes Vermögen für sich genommen durch die Zuwendung des Schuldners sich vermehrt hat[3].

3. Fraglich kann es sein, ob die Schuld eines Dritten, die der Kridar durch eine anfechtbare Zahlung zu Händen des Gläubigers getilgt hat, sei es, daß er dies als Interzedent freiwillig, sei es, daß er es als Hauptschuldner oder umgekehrt als Bürge, sei es, daß er es als Solidar- oder Korrealschuldner gethan hat, nach Anfechtung und Rückgewähr der Zahlung wiederauflebt[4].

Vom Standpunkt des Reichsgesetzes ist die Frage zunächst zu verneinen. Denn die Anfechtung soll eben nur zwischen den Gläubigern und dem Empfänger der anfechtbaren Zuwendung wirken, und eine auffälligere Ueberschreitung der Grenzen dieser Wirkung wäre doch kaum zu denken, als diejenige, welche in der Neubelebung der längst erloschenen Schuld eines Dritten liegen würde. Es kann deshalb auch kaum ein Zweifel daran obwalten, daß das Wiederaufleben der Forderung, welche mit der Anfechtung einer Zahlung als deren Wirkung verbunden ist, — §. 32 R.K.O. — sich nur auf die Forderung gegen den Schuldner, nicht aber auch auf die Forderung gegen dritte Verpflichtete bezieht[5]. Ohnehin ist dies vielfach selbstverständlich, namentlich für den Fall, daß die Verpflichtungen der Dritten an die Einhaltung bestimmter Formen und Fristen oder an den Besitz der Schuldurkunde auf Seiten des Berechtigten gebunden sind, da bei der Erfüllung der Schuld auch nur durch einen der Berechtigten der Regel nach die Einhaltung jener Formen und Fristen verabsäumt und die Schuldurkunde kassirt wird[6].

Dies gilt jedoch nur mit einer sehr erheblichen Ausnahme: so zweifellos das Reichsrecht die Forderung des Anfechtungsgegners gegen dritte

---

[3] Vgl. Strieth. 12166.

[4] Von dem Falle, daß gegen den befreiten Schuldner die Anfechtung selbständig zu begründen ist, wird hier natürlich abgesehen.

[5] Meißner 145, Petersen 171, Sarwey 179[2], Wilmowski 197. A. M. Dernburg 331[8], Völderndorff zu § 32 R.K.O. Anders bei der Anfechtung der datio in solutum auch R.O.H.G. 20146.

[6] Bezüglich des Wechselrechts vgl. unten § 62 Nr. 6.

Schuldner bei der Anfechtung einer darauf geleisteten Zahlung seinerseits nicht wieder herstellt, ebenso zweifellos will es einer landesrechtlichen Norm nicht derogiren, welche für diesen Fall der erloschenen Obligation wieder Wirksamkeit verleiht. Und in der That ist es lediglich Sache desjenigen Rechtes, welches das Erlöschen einer Forderung nach erfolgter Zahlung angeordnet hat, zu bestimmen, was es unter Zahlung versteht, und ob insbesondere die Uebergabe von Geld, welches der Empfänger demnächst wieder herausgeben muß, überhaupt Zahlung und nicht vielmehr blos der Schein einer Zahlung ist.

Die Vorschriften des preußischen Landrechts, die hiernach zur Anwendung kommen, sind unbestimmt genug. Man wird jedenfalls nach dem Rechtsgrunde unterscheiden müssen, welcher den Schuldner zu seiner Zahlung veranlaßt hat. Machte er die Zahlung freiwillig, so wird man die getilgte Forderung schwerlich wiederaufleben lassen, vielmehr dem Gläubiger einfach das Recht, und bez. die Pflicht zusprechen, eine derart anfechtbare Zahlung eines fremden Interzedenten zurückzuweisen. War dagegen der Kridar Mitschuldner — und hier ist an den wichtigsten Fall zu denken, daß der Gläubiger durch die von dem Kridar als Hauptschuldner gemachte Zahlung gleichzeitig seine Forderung an die Bürgen für die getilgte Schuld verloren hat —, so wird man die ganze Forderung nur auf Grund einer definitiven unwiderruflichen Zahlung für erloschen ansehen und also bei der Anfechtung der Zahlung die Forderungen auch gegen die andern Mitverpflichteten wieder erstehen lassen[7].

4. Ein Geschäft wird angefochten, dessen Abschluß und Fortbestehen die Voraussetzung der Leistung eines Dritten war. Hier kann der Dritte nach allgemeinen Grundsätzen die Erstattung seiner Leistung verlangen[8].

---

[7] Wilmowski zu § 32.

[8] Dieser Fall ist bereits oben § 48 Nr. 2 behandelt.

Sechster Abschnitt.

Das Anfechtungsrecht in seiner Anwendung auf spezielle Rechtsinstitute.

Kapitel eins.

Anfechtung wechselrechtlicher Geschäfte.

I. Allgemeines.

§ 59.

Der Wechsel mit seiner knappen formularmäßigen Fassung ist ein bequemes Mittel, jeder unreellen Operation ein harmloses, streng geschäftsmäßiges Ansehn zu geben. Wer ein Geheimniß hat, wird es um so sicherer bewahren, je weniger er spricht. Der Verkehr, welchem das Anfechtungsrecht hauptsächlich steuern will, hat deshalb auch eine sehr erklärliche Vorliebe für die Form des Wechsels [1].

Es kommt ein Fünffaches in Betracht. Die Kontrahirung einer Wechselschuld, die Sicherstellung derselben, ihre Tilgung, die Uebertragung eines Wechsels, aus dem der Schuldner verhaftet ist, auf einen andern Inhaber, endlich die Veräußerung oder der Erlaß eines Wechselanspruchs des Schuldners. Von diesen Geschäften ist nur das dritte, die Tilgung einer Wechselschuld, von dem Anfechtungsgesetz, und zwar nur für den Konkursfall, positiv geregelt. Die anderen Formen des Wechselverkehrs sind dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen des Anfechtungsrechts zu beurtheilen. Diese gestalten sich wie folgt:

[1] Schon die älteren italienischen Juristen beschäftigen sich mit der Anfechtung der Wechselverpflichtungen viel, z. B. Scaccia 383, Casaregis, disc. 152.

1. Jedes Wechselgeschäft ist nicht blos Rechtshandlung, sondern auch Rechtsgeschäft, da das Gesetz prinzipiell die Folgen desselben auf den Willen der Parteien zurückführt. Es ist dagegen an und für sich noch kein Vertrag, und dessen Essentialien sind also für die Begebung, Indossirung, Zahlung des Wechsels stets speziell nachzuweisen[2].

Deshalb ist die paulianische Anfechtung eines Wechselgeschäftes, die Anfechtung mangels Entgelts, dem Ehegatten gegenüber, sowie wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Begünstigung eines Gläubigers — KO. § 23. 24[1]. 25. AG. §. 3. Nr. 1. 3. 4 — allgemein zulässig; die Anfechtung gegen Verwandte ist dagegen durch den Nachweis zu begründen, daß das Wechselgeschäft auf einem Vertrage zwischen dem Schuldner und dem Verwandten beruht. — §. 24[2]. KO., §. 3[2] AG.

2. Jedes Wechselgeschäft ist von seinem Schuldgrunde losgelöst, und läßt sich deshalb regelmäßig[3] weder als entgeltlich noch als unentgeltlich qualifiziren. Ebenso wenig läßt sich demselben entnehmen, ob es zur Befriedigung eines Gläubigers, zur Sicherung des ehefräulichen Illatenanspruchs bestimmt ist u. s. f. Die Anfechtungsklage ist deshalb in diesen Fällen — KO. §. 23[1] Satz 2. 23[2]. 24[1]. 25. AG. §. 3 Nr. 1. 3. 4. — nur unter gleichzeitiger Bezugnahme auf den materiellen Grund der Wechselerklärung zu substanziren. Dagegen ist die Anfechtung des abstrakten Wechselgeschäfts an sich wegen Insolvenz des Schuldners im Falle des § 23[1] Satz 1 und Verwandten gegenüber zulässig. Allerdings ist in diesen beiden Fällen eine Benachtheiligung der Gläubiger durch den Abschluß der streitigen Handlung nachzuweisen, und man hat gerade zur Führung dieses Beweises die Aufdeckung des materiellen Schuldverhältnisses für nöthig erklärt[4]. Aber ohne Grund. Denn wenigstens jedes den Schuldner verpflichtende Wechselgeschäft benachtheiligt ihn schon an und für sich. Die abstrakte Natur des Geschäfts aber kann diese Benachtheiligung höchstens noch verschärfen, und die etwaigen Vortheile, die er durch seine wechselmäßige Verpflichtung erwirbt, sind wie jedes andere Entgelt von dem Anfechtungsgegner einredeweise darzulegen.

3. Für die Fristberechnung ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem die wechselmäßige Erklärung perfekt geworden, also die Zeit, zu der die fertige Wechselurkunde dem Berechtigten ausgehändigt, oder die unfertige durch Ausfüllung des Formulars vervollständigt ist. Auf den Zeitpunkt, in

---

[2] Dies auch wenn man das Wechselrecht vom Standpunkt der Vertragstheorie begründet, da das Anfechtungsgesetz sicher einen Vertrag voraussetzt, bei dessen Abschluß die Kontrahenten sich gegenseitig kennen.

[3] Ausgenommen den Fall einer einseitigen Aufgabe des Wechselanspruchs, z. B. durch Unterlassung der Protesterhebung.

[4] Wilmowski zu § 22 Note 1. A. M. Völderndorff 271. Vgl. auch Sarwey S. 143.

welchem das materielle der Wechselerklärung zu Grunde liegende Geschäft abgeschlossen worden ist, kommt es nur an, wenn die Verkürzung der Gläubiger bereits hierdurch bewirkt worden, die wechselmäßige Erklärung selbst also für die Gläubiger unnachtheilig gewesen ist. Ist jedoch nur eine einseitige Handlung des Schuldners — etwa die Hingabe eines Blanko-Akzepts zum Zwecke der Schenkung — Gegenstand der Anfechtung, so kommt es auch nur auf die Zeit des Abschlusses dieser Handlung an, und es genügt z. B. zur Begründung der Anfechtung in diesem Falle nicht, daß der Beschenkte das Wechselblanket, welches er vor Beginn des kritischen Jahres erhalten hat, erst innerhalb dieses Jahres ausgefüllt hat[5].

4. Einer der häufigsten Fälle, in welchen der Wechselverkehr zur Geltung kommt, ist die Hingabe eines Wechsels zur Tilgung einer älteren Verbindlichkeit. Der Sinn dieses Geschäfts ist unter Kaufleuten nach der zweifellosen Partei-Intention der, daß die Hingabe des Wechsels unter der Voraussetzung seiner Einlösung die ältere Verbindlichkeit aufhebt, die Hingabe des Wechsels ist also nichts als eine Art der datio in solutum. Allerdings mit einer Gewährschaftspflicht für die Tauglichkeit des Zahlungs-Surrogats; allein eine ähnliche Verpflichtung tritt bei der Hingabe an Zahlungsstatt stets ein, und nur ihr Inhalt ist für diesen Fall durch die Absicht der Parteien eigenthümlich bestimmt[6]. Es fragt sich nun, ob die Zahlung durch Wechsel der besondern für die Angabe an Zahlungsstatt bestimmten Art der Anfechtung unterliegt, ob sie nach unserer Terminologie eine „Gratifikation" ist. Diese Frage ist von handgreiflicher Wichtigkeit. Eine schärfere Kritik des Reichsgesetzes läßt sich nicht geben, als durch die einfache Konstatirung der Thatsache, daß die Beantwortung dieser Frage auf Grund des Reichsgesetzes eine höchst zweifelhafte ist[7].

Der Wortlaut des Gesetzes ist allerdings höchst unzweifelhaft: der Gläubiger kann regelmäßig die Zahlung einer Geldschuld durch Wechsel „nicht in der Art" verlangen, und dieselbe ist mithin aus K.O. § 23² anfechtbar. Aber ebenso zweifellos ergiebt der Wortlaut des Gesetzes, daß auch eine Zahlung durch Papiergeld und Banknoten anfechtbar ist, und es scheint denn auch kein Streit darüber zu sein, daß der Wortlaut des Gesetzes und eine lediglich auf diesen gestützte Deduktion werthlos ist. Viel-

---

[5] § 20 Nr. 6.

[6] Dies geht charakteristisch aus der Art hervor, wie eine solche Wechselzusendung kaufmännisch gebucht wird: die Eintragung lautet stets „beglichen durch Akzept", es wird also Tilgung der alten Forderung angenommen; wird das Akzept nicht eingelöst, so wird dann die gebuchte Tilgung „stornirt", die Forderung lebt also wieder auf.

[7] Die Literatur hat für die Frage keine entschiedene Antwort. Für die Anfechtbarkeit Reichsgericht bei Gruchot 20¹¹⁸⁸. Vgl. oben § 35 Note 14.

mehr ist nur die Frage zweifelhaft, ob die Zahlung durch Wechsel nach der Partei-Intention irgendwie auffallend, irgendwie mit Bezug auf die Solvenz des Schuldners verdächtig, ob mit andern Worten die Zahlung in baar und die in Geld vom Standpunkt des Kreditverkehrs erheblich verschieden ist.

Die Antwort auf diese Frage ist keine gleichmäßige. Ist der Gläubiger ein Privatmann, ein kleiner Handwerker, so ist regelmäßig ein Wechsel, von seinem Standpunkt aus gesehen, nicht geldgleich. Auch bei Kaufleuten ist ein Wechsel mit der alleinigen Unterschrift des Schuldners nicht gleich baarem Geld. Dagegen wird ein girirter, und namentlich ein bankmäßiger Wechsel, der nach Abzug des Diskonts sofort zu verwerthen ist, überall in der Geschäftswelt als Werthzeichen angesehen und den kursfähigen Banknoten, von der Diskontfrage abgesehen, völlig gleich gestellt. Die Bezahlung einer Schuld durch solche Wechsel wird der Gläubiger also auch nicht entfernt als ein Zeichen eines Mangels an Baarmitteln ansehen können, und nichts wäre willkürlicher, als diesen Modus der Schuldentilgung einer verschärften Anfechtung zu unterwerfen[8].

4. Die nachträgliche Sicherung eines Wechselanspruchs ist bei der kurzen Dauer seines Bestehns nicht gerade häufig. Es ist deshalb hier nur darauf zu verweisen, daß die Wechselregreßschuldner unter gewissen Umständen zur Gewährung einer Sicherheit verpflichtet sind, und eine Sicherheitsgewährung in den Grenzen dieser Verpflichtung also wegen Begünstigung eines Konkursgläubigers — § 23² K.O. — nicht anfechtbar ist.

5. Anfechtungsgegner ist nur derjenige, welchem schon durch die Wechselerklärung als solche eine Vermögenszuwendung zu Theil wurde. Bei einem Akzept ist dies zunächst nur der Trassant und Remittent, bei einem Indossement der dadurch bedachte Indossatar. Natürlich steht es aber den Gläubigern frei, unter Aufdeckung der von dem Schuldner geführten Verhandlungen nachzuweisen, daß der erste Empfänger der durch die Wechselerklärung zu bewirkenden Zuwendung eine andere Person gewesen, und etwa der von dem Schuldner anfechtbar akzeptirte Wechsel von vornherein nur für den ersten Indossatar, nicht aber für den nur zum Schein vorgeschobenen Trassanten eine Zuwendung bewirken sollte.

Die späteren Nehmer des Wechsels können aber, von diesem Falle abgesehen, auch als Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers haftbar gemacht werden. Nicht etwa, weil sie im Sinne des Wechselrechts als gewöhnliche Rechtsnachfolger anzusehen wären. Vielmehr hat das Anfechtungsgesetz bei der Ausdehnung der Anfechtung über die Person des ersten Erwerbers hinaus

---

[8] Darüber, daß der dem Gegner nachgelassene Einredebeweis für diese Frage ohne Belang ist, vgl. oben § 36 zu Note 9.

den Ausdruck „Rechtsnachfolger" nicht im technischen Sinne genommen, sondern hat theilweise auch den Erwerber der den Gläubigern entzogenen Werthe aus originärem Rechtstitel der Anfechtung unterwerfen wollen[9].

II. Wechselzahlungen des Schuldners.

1. Das Prinzip.

§ 60.

Im Anschluß an Bestimmungen des französischen[1] und preußischen Rechts schließt die Konkursordnung die Anfechtung einer Wechselzahlung wegen Insolvenz des zahlenden Schuldners — § 23[1] K.O. — aus, wenn der Gläubiger durch die Zurückweisung der Zahlung Wechselansprüche gegen andere Verpflichtete verwirkt haben würde. Dagegen wird der letzte Wechselregreßschuldner zur Erstattung der gezahlten Wechselsumme verpflichtet, wenn er zu der Zeit, als er den Wechsel weiter begab, die Zahlungseinstellung des Schuldners oder den Antrag auf Konkurseröffnung gegen ihn gekannt hat[2].

Daß ein kasuistisches Anfechtungsrecht seine eignen Anfechtungsregeln wieder durch kasuistische Ausnahmen unterbricht, kann nicht Wunder nehmen. Man hat denn auch gerade die hier behandelte Ausnahme von der Anfechtung fast als etwas Selbstverständliches angesehn. Das ist schwerlich zutreffend.

Man vergegenwärtige sich die Konsequenz der Bestimmung. Ein Kaufmann hat seine Zahlungen in ostensibler Weise eingestellt, der Gerichtsvollzieher geht aus und ein bei ihm, und der bekannte Agent ist mit der Vermittelung eines „Arrangements" in Höhe von so und so viel Prozent beschäftigt. Hier soll nun die Befriedigung einer gewöhnlichen Forderung ungiltig, die Wechselzahlung dagegen rechtsverbindlich sein! Es soll der Wechselforderung ein sonst nirgends anerkannter Vorrang vor andern an sich gleichberechtigten, ja selbst der Vorrang vor gesetzlich bevorzugten Ansprüchen zustehen. Es soll sogar nach der herrschenden Meinung der Schuldner, der seine eignen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen darf, unanfechtbar eine Ehrenzahlung auf eine fremde Wechselschuld machen dürfen! Diese Konse-

---

[9] Vgl. oben S. 313 flg.

[1] Das ältere französische Recht hatte diese Vorschrift ebensowenig, wie das englische, spanische und theilweise das amerikanische Recht sie heutzutage haben. Erst nach längeren Debatten hat das französische Fallimentgesetz von 1838 Art. 449, — freilich unter lebhaftem Beifall der Majorität der Juristen, vgl. z. B. Delamarre et le Poitvin, traité de droit commercial VI. 331, St. Nexent, des faillites I. 266 flg. — diese Beschränkung der Anfechtung eingeführt. Diesem Vorgang folgte zunächst Preußen 1855 § 100 (und zwar im Gegensatz zum Regierungsentwurf, vgl. unten Anm. 3), Belgien 449, Chile 1375, Aegypten 240.

[2] K.O. § 27.

quenzen erscheinen doch geradezu unmöglich, derart, daß wir unbedenklich fundamentale Grundsätze des Wechselrechts aufgeben würden, wenn nur so die Anfechtung auch auf Wechselzahlungen ausgedehnt werden könnte[3]. Und wäre diese Aenderung des Wechselrechts nicht möglich[4], so würden wir eher die ganze Anfechtung der Zahlungen eines insolventen Schuldners fallen lassen und zu dem System der römischen Pauliana zurückkehren, ehe wir der Zahlung auf Wechselschuld ein so willkürliches, so exorbitantes Privileg einräumten, wie die Konkursordnung es ihr zugesteht.

Nun läßt sich aber der angeblich unlösliche Widerspruch zwischen Anfechtungsrecht und Wechselordnung überhaupt nicht anerkennen. Allerdings ist der Wechselgläubiger zu der Annahme der Wechselsumme, die der Trassat ihm anbietet, verpflichtet, und er verliert, wenn er sie zurückweist, seine Regreßansprüche gegen die andern Wechselschuldner. Dies gilt aber doch nur von einer rechtmäßigen Zahlung. Muß der Gläubiger die Zahlung später zurückgeben, — und dies zu bestimmen hängt lediglich von dem Anfechtungsgesetze ab —, so ist keine rechtmäßige, ist im Grunde nur der Schein einer Zahlung vorhanden, und weder Wort noch Sinn der Wechselordnung verpflichten den Gläubiger auch für diesen Fall zur Annahme der Zahlung. So formell es ist, auch das Wechselrecht weiß zwischen Schein und Wahrheit zu scheiden. So sehr es namentlich dem Wesen der Protesturkunde entspricht, schlechthin eine Nichtzahlung des Akzeptanten zu konstatiren, muß sie doch, da sie den Thatsachen sich anpassen muß und nicht die Thatsachen der Urkunde, — auch eine bloße Scheinzahlung als solche zum Ausdruck bringen können. Man nehme etwa den Fall, daß der Wechselinhaber, welcher am Verfalltage keine Zahlung erlangt hat, sich kurz vor dem Ablauf der Protestfrist mit dem Gerichtsvollzieher zum Schuldner begiebt, und nun in letzter Stunde eine zweifelhafte Zahlungsofferte erhält, zweifelhaft, weil der Gläubiger gleichzeitig Mittheilungen erhält, die ihn zu der subjektiven Ueberzeugung bringen, der Schuldner zahle widerrechtlich

---

[3] In dieser Richtung wurde z. B. von dem Preußischen Entwurf einer Konkursordnung der Vorschlag gemacht, bei der Anfechtung einer Wechselzahlung dem Inhaber den Protest zu erlassen, derart, daß das Urtheil im Anfechtungsprozesse, welches ihn zur Rückgabe der Zahlung verurtheilt, die Stelle eines Protests vertritt. Dieser Vorschlag ist übrigens später in dem Argentinischen Gesetzbuch von 1862 Art. 1542 zur thatsächlichen Durchführung gekommen.

[4] Aus dem seltsamen Grunde, weil ein ausländischer Vormann durch solches Ausnahmegesetz nicht verpflichtet werden könnte. Mot. 140. Warum giebt man dann nicht lieber das ganze Anfechtungsrecht auf, da der ausländische Anfechtungsgegner auch dieses als ein Ausnahmerecht ansehen wird? Und wie kommt es, daß die deutschen und französischen Wechselschuldner sich die Anfechtung der Wechselzahlungen, die doch thatsächlich in weitestem Umfang besteht — vgl. Note 1 — gefallen lassen?

mit fremdem oder mit falschem Gelde, oder es sei soeben der Konkurs über sein Vermögen eröffnet. In beiden Fällen kann der Gläubiger mit der condictio furtiva oder aus K.O. § 7 zur Rückgabe der gezahlten Summe genöthigt werden, sobald sich später seine Ueberzeugung als sachlich zutreffend erweist, und er muß also zweifellos solcher Scheinzahlung gegenüber Protest mangels Zahlung erheben dürfen, um sich seinen Regreßanspruch gegen die andern Wechselverpflichteten zu wahren. Und zwar darf er richtiger Ansicht nach den Protest erheben, ob er nun die Scheinzahlung annimmt oder nicht, da er schon um sich für den Fall eines Irrthums zu decken, die Scheinzahlung vorläufig unter Vorbehalt seines Regresses anzunehmen berechtigt sein muß. Die Form aber, in welcher dieses bedingte Regreßrecht zu wahren ist, ist einfach ein motivirter Protest, der nach einseitiger Angabe des Wechselinhabers den Grund angiebt, aus welchem die Zahlungsofferte abgelehnt oder nur bedingt angenommen wird, selbstverständlich aber auch die etwaige Auslassung des Trassaten auf diese besondern Angaben mitzutheilen hat.

Ist nun aber in den eben genannten Fällen eine Protesterhebung „mangels giltiger Zahlung“ mit der Wirkung des Protestes „mangels Zahlung“ zuzulassen, so kann dieselbe auch nicht unzulässig sein, wenn der insolvente Trassat eine nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbare Zahlung anbietet. Damit fällt aber der einzige Grund, aus welchem die herrschende Meinung die Anfechtbarkeit der gewöhnlichen Wechselzahlung für undurchführbar erachtet.

Der Widerspruch, in welchem sich die herrschende Ansicht mit den Prinzipien ebenso des Anfechtungsrechts wie des Wechselrechts bei Behandlung dieser Frage befindet, wird nun aber dadurch noch auffälliger, daß die Anfechtung von Wechselzahlungen thatsächlich allerdings einer sehr erheblichen Schwierigkeit unterliegt, und daß die herrschende Theorie diese Schwierigkeit über ihren eigenen thatsächlich gar nicht begründeten Bedenken vollständig übersieht. Wer eine Wechselzahlung fordert, muß dem Zahlenden den Wechsel herausgeben, verliert also das Recht, seine anderweiten Wechselschuldner zu verfolgen, und wird deshalb, wenn die ihm faktisch gewährte Zahlung wirksam angefochten wird und die Konkursmasse den Wechsel nicht zurückzugeben im Stande ist oder jene andern Wechselansprüche verjährt sind, durch die anfechtbare Zahlung schlechter gestellt, als wenn die Zahlung gar nicht vorgenommen wäre.

Diese Schwierigkeit ist keine bloße scheinbare. Sie läßt sich durch die Normen des heutigen Anfechtungsrechtes nicht beseitigen, da dieses den Anfechtungsanspruch nicht von der Rückgewähr der dem Schuldner gemachten Gegenleistung und noch weniger von der Wiederherstellung etwaiger Regreßansprüche gegen dritte Verpflichtete abhängig macht. Sie läßt sich durch die Grundsätze des Wechselrechts nicht heben, da dieses die kurzen Ver-

jährungsfristen weder wegen der nachträglichen Rückerstattung einer Wechselzahlung verlängert noch wegen der Beseitigung des Wechsels durch den zahlenden Schuldner die Amortisation der Wechselurkunde zuläßt. Sie wird endlich auch durch die in der Konkursordnung ausgesprochene Beschränkung der Anfechtbarkeit der Wechselzahlung nicht gehoben, da die nämliche Schwierigkeit auch in dem der Anfechtung nicht entzogenen Falle wiederkehrt, wo die gefährdeten Ansprüche des Wechselgläubigers von der Erhebung des Protestes mangels Zahlung unabhängig sind.

Die Dolustheorie der Motive giebt freilich auch hier eine zureichende Erklärung: der Wechselgläubiger, welcher von dem insolventen Schuldner Zahlung annimmt, ohne daß er durch das Präjudiz, seine Regreßrechte zu verwirken, dazu gezwungen ist, begeht ein Delikt, da er den „Konkursanspruch" der andern Gläubiger verletzt, und findet also nur eine gerechte Strafe dadurch, daß er neben der Rückerstattung des Gezahlten auch noch seine Ansprüche an die andern Wechselschuldner verliert. Diese Argumentation bedarf hier keiner neuen Widerlegung.

Der ganze Konflikt zwischen Anfechtungs- und Wechselrecht läßt sich durch eine positive Rechtsregel nicht ein für alle Mal in der einen oder andern Richtung entscheiden, und der Versuch solcher Regelung, die die K.O. bringt, bietet eben nur einen neuen Beweis für die Vergeblichkeit aller kasuistischen Gesetzgebung. Der Konflikt läßt sich nur für jeden einzelnen Fall befriedigend lösen. Nur für den einzelnen Fall läßt es sich beurtheilen, ob die Zurückweisung, ob die bedingte Annahme der Wechselzahlung eines insolventen Schuldners dem Gläubiger zuzumuthen war, und ob ihn die Gefahr, einen andern Wechselanspruch einzubüßen, bestimmen durfte, seine Mitgläubiger zu beeinträchtigen. Wir werden sehen, daß diesem Grundsatz trotz des Schweigens der Reichsgesetze theilweise schon jetzt positive Geltung zuzusprechen ist.

2. Einzelnes.

§ 61.

1[1]. Von der Anfechtung ist nur diejenige Zahlung ausgeschlossen, die der Wechselinhaber bei Vermeidung des Verlusts eines andern Wechselanspruchs annehmen mußte. Es ist also eine Mehrheit von Wechselschuldnern vorausgesetzt, und die Zahlung des einzigen Wechselschuldners stets anfechtbar[2]. Dagegen ist es bei der apodiktischen Fassung des Gesetzes gleich-

[1] Auch im französischen Recht sind viele Einzelheiten bestritten, namentlich weil der Kassationshof den Art. 449 c. de c. sehr eng interpretirt. Vgl. Alauzet, comment. du c. de c. VI. Nr. 2539. Thomas 159 flg.

[2] Also der Regel nach die Zahlung an den Trassanten des gezogenen, den Remittenten des eignen oder trassirteignen Wechsels, an Indossatare ohne Regreßanspruch.

giltig, ob der Gläubiger nur mit Rücksicht auf die eventuelle Gefährdung des Regreßanspruchs die Zahlung annahm, ob der Anspruch überhaupt einen Werth für ihn hatte und der Regreßschuldner vielleicht notorisch insolvent war; andrerseits genügt ein blos formeller Anspruch, der durch eine Einrede des Regreßschuldners materiell entkräftet wird, nicht, und namentlich bleibt der Wechselanspruch des Inkasso-Giratars, auch wenn er auf einem formellen Voll-Indossament beruht, außer Betracht[3].

2. Der Anspruch des Wechselinhabers muß durch die Zurückweisung der streitigen Zahlung verwirkt werden. Dabei ist natürlich zunächst an den typischen Fall zu denken, daß das Zahlungsangebot vom Wechselbezogenen und zwar vor Protesterhebung ausgeht; aber auch andre Fälle gehören hierher, da das Gesetz sonst sicher eine speziellere Fassung gewählt haben würde. Nur ist recht zweifelhaft, welche Fälle?

a) Die Wechselverpflichtung, welche durch Zurückweisung der Zahlung anscheinend gefährdet wird, ist die des Akzeptanten[4], wenn z. B. bei einem Domizilwechsel von mehreren Akzeptanten nur der Eine, der im Zustande der Insolvenz befindlich ist, Zahlung anbietet. Bei der streng prinzipalen und solidaren Natur jeder direkten Wechselschuld wird indeß gegen den nichtzahlenden Akzeptanten trotz der Zahlungsofferte des andern Akzeptanten wirksamer Protest mangels Zahlung zulässig sein. Die Wechselschuld des Ersteren wird also durch die Zurückweisung eines Zahlungsangebots des Letzteren nicht berührt, und es greifen die gewöhnlichen Grundsätze über Anfechtung Platz.

b) Der gefährdete Anspruch ist eine Regreßverpflichtung, die jedoch ausnahmsweise eines Protestes zu ihrer Erhaltung nicht bedarf; die Protesterhebung ist z. B. im Wechsel erlassen oder bereits vor dem streitigen Zahlungsangebot erfolgt. Es fragt sich, ob durch die Zurückweisung eines Zahlungsangebots auch in diesen Fällen die Regreßschuld verwirkt wird. Die Antwort ist recht zweifelhaft. Sie kann aus der Wechselordnung nicht entnommen werden, da diese richtiger Ansicht nach einen Zwang zur kritiklosen Annahme jeder Zahlungsofferte überhaupt nicht enthält. Sie kann auch aus der Konkurs-Ordnung nicht gewonnen werden; denn diese spricht jenen Zwang zwar unzweideutig aus, deutet aber nicht an, ob derselbe auf der formalen Natur der Protesturkunde, oder auf dem Mangel an Elastizität, welcher dem ganzen Wechselrecht eigen ist, beruht. Der überaus positiven Natur des § 27 K.O. dürfte es aber entsprechen, denselben auf eine Formalvorschrift zurückzuführen und die letzterwähnte Alternative also zu Gunsten der engeren Auffassung zu beantworten. Wo deshalb die Er-

---

[3] Wilmowski § 27, Stieglitz 165, Otto 71. Vgl. Mot. 142.

[4] Oder eines Bürgen per aval. Bédarride I, 140 quinto.

hebung eines Protestes nicht nöthig ist, wie in den hier erörterten Fällen, bleibt es bei der gewöhnlichen Anfechtung[5].

c) Die gefährdete Verpflichtung ist eine Regreßschuld, bedarf auch zu ihrer Erhaltung der Protesterhebung, es ist aber eine Zahlung in medio, welche den Wechselinhaber von der Protesterhebung nicht entbindet. So bei der Zahlung durch Intervenienten und Indossanten. Auch hier findet ein Zwang zur Annahme der Zahlung statt, — W.O. Art. 62 und unten Nr. 3, — der im Sinne der K.O. jetzt als eine absolute, jede Kritik der angebotenen Zahlung ausschließende Nöthigung aufzufassen ist, und die Anfechtung muß deshalb auch einer solchen Zahlung gegenüber ausgeschlossen werden.

3. Von der Anfechtung ausgeschlossen ist auch eine freiwillige d. h. nicht von einem Wechselschuldner ausgegangene Wechselzahlung. Allerdings denkt das Gesetz, seinem Wortlaut nach, — es spricht von der Verwirkung des Anspruchs gegen „andre" Wechselverpflichtete — zunächst wohl nur an die Zahlung des Akzeptanten, da jedoch die Zahlung des bloßen Bezogenen, der nicht akzeptirt hat, wechselrechtlich von der Zahlung des Akzeptanten nicht verschieden behandelt werden darf, so ist eine freiere Interpretation des Gesetzes bestimmt geboten[6]. Wird diese aber zugelassen, so muß auch die Zahlung seitens des Domiziliaten oder Intervenienten der Anfechtung entzogen werden. — Auch die Zahlung durch einen Indossanten ist der Regel nach unanfechtbar: die bekannten Bedenken auf Grund der sog. Entstehungsgeschichte des Gesetzes beweisen hiergegen nichts, denn das Gesetz spricht ausdrücklich für Ehrenzahlungen den Zwang zur Annahme bei Vermeidung des Verlustes gewisser Regreßansprüche aus; die Zahlung seitens eines Indossanten kann aber unmöglich eine schwächere Wirkung haben, sondern muß allermindestens als Intervention zu Gunsten des Vormanns des Indossanten angesehen werden[7].

4. Nur eine Zahlung, die ihrer Art nach angenommen werden muß, ist unanfechtbar[8]. Deshalb fällt jede Angabe an Zahlungsstatt, jede Zahlung vor Verfall, die Zahlung durch übliche Handelspapiere, durch Prolongations-

[5] Für die Zahlung nach Protest übereinstimmend Wilmowski zu § 27. Alauzet, c. de comm. VI. nr. 2539. A. M. Renouard I, 404.

[6] Auch in der Literatur wird ungenau von der „Tilgung einer Wechselverpflichtung des Gemeinschuldners" gesprochen und trotzdem ohne Bedenken die Anfechtung auch bezüglich des bloßen Trassaten ausgeschlossen. So Wilmowski zu § 27 K.O. und auch Mot. 143.

[7] (Liebe) Allg. d. Wechselordnung 157 und jetzt Völderndorff I. 315. Anders Renaud, Wechselrecht 217[16], Wilmowski zu § 27 und auch Mot. 143.

[8] Dalloz, répert. 24 nr. 399 flg. Pardessus, cours du droit comm. III. nr. 1120. Thomas 159.

wechsel, ja selbst durch Banknoten und Reichskassenscheine [9] unter die gewöhnlichen Anfechtungsgrundsätze. Praktisch ist das so irrationell wie möglich; dadurch wird aber diese Unterscheidung, die sich ebenso zweifellos aus dem Wortlaut wie aus dem Sinne des Gesetzes ergiebt, nicht hinfällig, vielmehr nur von neuem klargestellt, wie zweckwidrig es war, einen formalistischen Zwang zur Annahme der Wechselzahlungen auszusprechen. Ein rationelles Resultat ließ sich von einer so formalen Bestimmung von vornherein nicht erwarten.

5. Nur die Anfechtung wegen Insolvenz des Zahlenden ist ausgeschlossen, dagegen die paulianische Anfechtung [10], die Anfechtung gegen Verwandte zulässig. Wie das Gesetz freilich eine in dieser Weise anfechtbare Wechselzahlung behandelt wissen will, ist recht zweifelhaft. Man nehme etwa den Fall, daß der Bezogene einer nicht akzeptirten Tratte dieselbe lediglich in der Absicht einlöst, seine Gläubiger zu benachtheiligen, da er weiß, daß er von dem Wechselaussteller vollständige Deckung nicht erlangen wird, und setze weiter voraus, daß der Wechselinhaber diese Absicht des Trassaten zweifelsfrei durchschaut. Nach der herrschenden Theorie ist hier der vielleicht durchaus redliche Wechselinhaber übel daran. Er darf die Zahlung des Trassaten nicht zurückweisen, weil er sonst nach angeblich wechselrechtlichen Prinzipien den Regreßanspruch gegen die Wechselindossanten vollständig verliert, und er darf die Zahlung auch nicht annehmen, weil er sie sonst als schlechtgläubiger Besitzer herausgeben muß und die Regreßansprüche gleichfalls verliert, Alles als Strafe für ein Delikt, das er gar nicht zu verhindern in der Lage ist. Gegen diese offenbare Rechtsverletzung Abwehr zu finden, ist auch nicht leicht. Den Regreßanspruch des Wechselinhabers aufrecht zu erhalten, geht nicht an, denn das positive Reichsrecht läßt nun einmal, wie sich aus unserm Paragraphen zweifellos ergiebt, die Ablehnung einer Wechselzahlung um der vollzogenen Insolvenz des Zahlenden willen nicht zu; noch weniger kann also die Ablehnung wegen der subjektiven Absichten des Zahlenden erlaubt sein. Umgekehrt auch eine solche Wechselzahlung der Anfechtung zu entziehen, ist bedenklich, weil § 27 K.O. die Beschränkung der Anfechtung ausdrücklich auf die Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz bezieht und damit stillschweigend die paulianische Anfechtung für zulässig zu erklären scheint. Wir entscheiden uns in Ermangelung jeder andern Möglichkeit, den Konflikt zu lösen, dahin, das letzte argumentum a contrario fallen zu lassen, unsern Gesetzesparagraphen

---

9 Anders Wilmowski K.O. § 27: „auch hier fällt die Annahme von Reichsbanknoten unter den Begriff der Zahlung". Der Gläubiger braucht ja aber Banknoten überhaupt nicht zu nehmen, kann also unmöglich, wenn er ihre Annahme ablehnt, einen Regreßanspruch verwirken.

10 Dalloz, répert. 24 nr. 339.

also nicht als eine singuläre Rechtsnorm aufzufassen, sondern aus ihm nur die Anerkennung eines allgemeineren Prinzips für einen speziellen Fall herauszulesen. Nur sind wir für diejenigen Fälle, die durch den Wortlaut des § 27 K.O. nicht getroffen werden, auch nicht an die apodiktische Strenge desselben gebunden und behalten das Recht einer freieren Prüfung jedes einzelnen Falles. Wir lassen die Anfechtung deshalb in dem Falle zu, wo der Regreßanspruch, dessen Verlust für den Wechselinhaber in Frage stand, für denselben ohne Werth war. Die paulianische Anfechtung einer Wechselzahlung ist also nur dann ausgeschlossen, wenn im einzelnen Falle die Ablehnung der streitigen Zahlung dem Gläubiger mit Rücksicht auf den drohenden Verlust seiner Regreßansprüche nicht zugemuthet werden kann.

3. Erstattungspflicht des letzten Wechselregreßschuldners.

§ 62.

Wenn nach den eben entwickelten Bestimmungen der K.O. eine Wechselzahlung unanfechtbar ist, so hat der letzte Regreßschuldner die gezahlte Wechselsumme zu erstatten, sobald er zu der Zeit, als er den Wechsel begab, die Zahlungseinstellung des Kridars oder die Einreichung eines gegen ihn gerichteten Konkursantrages bei Gericht gekannt hat. Im Grunde ist das nur in kasuistischer Form die Bestätigung einer allgemeineren Rechtsregel, deren Geltung wir in anderm Zusammenhange nachgewiesen haben, der Regel nämlich, daß ein Gläubiger, an den selbst nicht mehr unanfechtbar gezahlt werden kann, seine Forderung nicht an eine der Anfechtung noch entzogene Person abtreten und so sich durch die Zessionsvaluta, indirekt aber aus dem Vermögen des Kridars Befriedigung für seinen Anspruch verschaffen darf. Die Haftung des letzten Wechselregreßschuldners, wie sie hier in Frage steht, ist sonach im Prinzip eine selbstverständliche.

1. Passivlegitimation. Derjenige Wechselregreßschuldner ist der „letzte" im Sinne des Gesetzes, der selber einen Regreßanspruch nicht besitzt. Der Regel nach ist dies allerdings derjenige, der auch auf dem Wechsel an letzter Stelle als Regreßpflichtiger genannt ist, also der Trassant einer gewöhnlichen Tratte, sonst der erste Indossant, bei einem ersten Giro ohne Obligo der nächstfolgende Indossant u. s. f. Sobald jedoch der letzte Regreßschuldner den Regreß seines Nachmannes schon zu der Zeit der kritischen Begebung durch eine Einrede entkräften konnte, gilt auch dieser als letzter Regreßschuldner.

Bei einer Begebung für fremde Rechnung soll jedoch nicht der formelle Regreßschuldner, sondern nur dessen Auftraggeber haftbar sein. Sehr sachgemäß, da der Mandatar keine Zuwendung in sein Vermögen erhält, also der Anfechtung gegenüber nicht passiv legitimirt ist. Auf die nähere Be-

schaffenheit des Vertretungsverhältnisses kommt es nicht an: nur ist hervorzuheben, daß der Auftraggeber vielfach selbst Wechselschuldner sein wird — als Nachmann seines Mandatars — und daß auch eine Begebung für gemeinsame Rechnung möglich ist. Ebenso ist unentbehrlich, daß die Begebung des Wechsels für fremde Rechnung dem Nehmer desselben erkennbar gewesen ist, da rechtsgrundsätzlich Niemand auf Grund bloßer Absichten, die nach außen nicht erkennbar [1] hervorgetreten sind, Rechte für sich erwerben oder Verpflichtungen von sich abwälzen kann, und weiter, daß die Begebung des Wechsels für Rechnung des Dritten für diesen verbindlich gewesen ist.

2. Beweis. Der Verwalter hat die Passivlegitimation desjenigen zu beweisen, von dem er die Erstattung der gezahlten Summe verlangt. Nur wird eine praesumtio facti dafür sprechen, daß der letzte Wechselregreßschuldner den Wechsel für eigene Rechnung begeben hat, und es wird also Sache des letzteren sein, zwar nicht mittels Einrede [2], aber doch durch selbständigen Gegenbeweis die Begebung für fremde Rechnung darzulegen. Der Erfolg dieses Beweises ist freilich kostenpflichtige Abweisung der Anfechtungsklage und die dringende Gefahr, daß der Anfechtungsanspruch gegen den wirklichen Anfechtungsgegner inzwischen verjährt ist. Ist es doch nicht einmal schlechthin erforderlich, daß der Verwalter gelegentlich dieses Vorprozesses den Namen seines wirklichen Gegners erfährt [3].

3. Sachkenntniß des Gegners. Dieser oder sein Vertreter muß diejenigen Umstände gekannt haben, deren Kenntniß, wenn er direkter Empfänger der Zahlung gewesen wäre, die Anfechtung gegen ihn begründet hätte, also die Zahlungseinstellung des Schuldners oder den gegen ihn gerichteten Eröffnungsantrag. Und zwar selbstverständlich zu der Zeit, wo er den Wechsel begab oder begeben ließ [4], und mit dem gleichzeitigen Bewußtsein, daß die Wechselzahlung später gerade von diesem Schuldner erfolgen werde. Wichtig ist das namentlich für die Ehrenzahlung: der letzte Regreßschuldner kann nicht lediglich deshalb, weil spätere Nehmer des Wechsels vielleicht die Ehrenzahlung einer notorisch insolventen Person anzunehmen genöthigt sind, von der Begebung des Wechsels Abstand nehmen, wenn er gar nicht Anlaß hat, diese Ehrenzahlung vorauszu-

---

[1] Dies ist von der Begebung in fremdem Namen noch sehr verschieden.

[2] Wie Wilmowski zu K.O. § 27 meint.

[3] Z. B. der Zeuge des Beklagten verweigert die Namensnennung aus § 349[1] Z.P.O. Die Motive meinen freilich, der Gegner sei verpflichtet, seinen Auftraggeber zu nennen; eine Behauptung, die sich zivilistisch absolut nicht begründen läßt.

[4] Dagegen polemisirt lebhaft St. Nexent, des faill. I. 293 flg., weil diese Anfechtung nur eine indirekte Zahlung des Wechsels beseitigen solle, und es deshalb allein auf den Zeitpunkt ankommen müsse, wo der Wechsel fällig sei. Offenbar mit Unrecht. Denn auch bei einer anderweiten Zahlung vor Fälligkeit ist die Kenntniß, soweit überhaupt, schon am Tage der Zahlung nöthig.

sehen. Aehnlich wird die Begebung dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Trassant die Zahlungseinstellung des als Wechseldomiziliaten benannten Bankiers erfährt, soweit er zur kritischen Zeit voraussetzen darf, der Domiziliat werde den Wechsel nur mit den Mitteln des Trassaten einlösen.

4. Befristung. Die Erstattungspflicht des letzten Wechselregreßschuldners wird, wie ihre Stellung im dritten Titel ersten Buches der Konkursordnung beweist, als eine spezielle Art der gewöhnlichen Anfechtungsobligation aufgefaßt. Sie unterliegt deshalb den allgemeinen Grundsätzen des Anfechtungsrechts, insbesondere der kurzen Verjährung, der sechsmonatigen Befristung des § 26 K.O. u. s. f. Und zwar ist als der Anfechtungsakt die Begebung des Wechsels, nicht die Einlösung desselben anzusehen und daher die letztgenannte Frist nur dann gewahrt, wenn auch der Tag der Wechselbegebung in die Frist fiel[5].

5. Umfang der Haftung. Prinzipgemäß kann der letzte Regreßschuldner nur in Höhe der in sein Vermögen gelangten Zuwendung, d. h. der Regel nach nur in der Höhe der ihm von seinem Abnehmer gewährten Valuta haftbar sein[6]. Das Gesetz erstreckt freilich nach seinem Wortlaut die Haftung des Gegners auf die „gezahlte Wechselsumme", also anscheinend den Gesammtbetrag dessen, was der Gemeinschuldner auf den Wechsel an dessen Inhaber, einschließlich von Protestkosten u. s. f., gezahlt hat. Indeß ist hier eine freie Interpretation geboten. Denn man erwäge, daß der erste Wechselnehmer gerade mit Rücksicht auf die Insolvenz des Schuldners den Wechsel mit erheblichem Damno begeben haben kann und die Vollzahlung des Wechsels durch den insolventen Akzeptanten vielleicht für ganz ausgeschlossen erachtet hat. Eine wortgemäße Auslegung des Gesetzes scheint für diesen Fall unmöglich. Umsomehr, weil die völlige Verneinung der Anfechtung gegen denjenigen Wechselschuldner, der den Wechsel für fremde Rechnung begiebt, den Beweis dafür liefert, daß das Gesetz die Anfechtungsobligation des letzten Regreßschuldners als eine restitutorische auffaßt.

6. Wiederaufleben der Forderung. Mit der Anfechtung der Wechselzahlung gegen den letzten Regreßschuldner lebt diejenige Forderung wieder auf, die er gegen die Konkursmasse gehabt haben würde, wenn er den Wechsel nicht begeben hätte. Fehlt es an solchem Anspruch, — die Zahlung ist etwa von dem Bezogenen, der nicht akzeptirt hat, von dem Domiziliaten, von einem Intervenienten geleistet — so kann natürlich von

---

5 Die Wechselzahlung kommt nur in Betracht, insofern sie die Benachtheiligung der Gläubiger effektiv vollzieht; auf diesen Zeitpunkt aber, der in einzelnen Fällen ja erst der Konkurseröffnung nachfolgen kann, kommt es bei der Fristberechnung grundsätzlich nicht an. Vgl. oben § 20 zu Note 27.

6 Wenn nicht in der Differenz zwischen Valuta und Wechselsumme eine Schenkung liegt oder den Gegner der Vorwurf eines dolosen oder kulposen Verfahrens trifft.

einem Wiederaufleben desselben nicht die Rede sein. Aber auch der etwa vorhandene Anspruch gegen eine dritte Person — z. B. bei der Zahlung durch den Domiziliaten der Anspruch gegen den Akzeptanten — lebt nicht auf, schon weil weder der Anfechtungsgegner noch die Konkursmasse im Besitze des Wechsels ist, der Protest mangels Zahlung fehlt u. s. f. Stand umgekehrt für den Fall der Nichteinlösung des Wechsels ein Anspruch gegen den Gemeinschuldner einem Dritten zu, so kann ihn der Anfechtungsgegner zur Masse liquidiren, da er die Anfechtungsobligation ipso jure[7] kürzt. Dies wird namentlich der Fall sein, wenn der Wechsel nur für Rechnung des Gegners, aber nicht in seinem Namen begeben worden war.

Kapitel zwei.

Anfechtung von Immobiliargeschäften.

§ 63.

Das moderne Grundbuchrecht mit seinem starr formalen Charakter läßt sich besonders schwer mit einem durchgreifenden Anfechtungsrecht vereinigen. Derjenige, welcher auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gestützt, von dem formell legitimirten Eigenthümer ein Immobiliarrecht erwirbt, darf dabei eine ältere persönliche Verpflichtung seines Autors ignoriren, welche mit dem neu geschlossenen Geschäfte in speziellem direktem Widerspruch steht. Es scheint nur konsequent, daß er um so eher die anderweiten, auf das Immobile gar nicht direkt bezüglichen Verpflichtungen seines Autors unbeachtet lassen und den ihm angebotenen Erwerb auch dann annehmen darf, wenn die persönlichen Gläubiger seines Autors dadurch benachtheiligt werden.

Das Reichsgesetz hat diese formale Konseqenz nicht gezogen. Sehr sachgemäß: denn der Gang der früheren Gesetzgebung[1] und die Praxis der Gerichte hat zur Evidenz gezeigt, wie dringend das Interesse der Gläubiger ist, gerade die Immobiliargeschäfte ihres Schuldners anfechten zu können. Namentlich die nicht konkursmäßige Anfechtung im Kreise der ländlichen Schuldverhältnisse würde gegenstandslos sein, wenn Verkauf und Belastung von Grundstücken für unanfechtbar erklärt würden. Diesen Interessen mußte das formelle Prinzip des modernen Grundbuchrechts zum Opfer gebracht werden. Dies selbst in den praktisch gefährlichsten Fällen der Anfechtung, wo dem entgeltlichen Erwerber eines Immobiliarrechts

---

[7] Vgl. oben § 48 zu Note 28.

[1] Vgl. oben § 22e.

keinerlei Kenntniß von der prekären Lage seines Autors nachgewiesen wird, wo ersterer vielmehr umgekehrt seine Unkenntniß der persönlichen Verhältnisse seines Mitkontrahenten oder gar eines vielleicht im Grundbuch oder den Schuldbokumenten gar nicht vermerkten Rechtsurhebers seines Mitkontrahenten beweisen muß[2].

Im Einzelnen ist hervorzuheben:

1. Die abstrakte Natur der Grundschuld legt ähnliche Zweifel nahe, wie die des Wechsels. Auch hier ist die Behandlung eine gleiche. Jede Grundschuld z. B., die der Schuldner an seinen Grundstücken bestellt, ist prima facie ein seinen Gläubigern nachtheiliges Geschäft; die Entgeltlichkeit ihrer Bestellung ist dagegen besonders nachzuweisen u. s. f. Auch die Auflassung eines Grundstücks ist ähnlich zu behandeln und kann deshalb aus K.O. § 23 [1] Satz 1 und 24[2] angefochten werden, ohne daß die Gläubiger den materiellen Veräußerungsvertrag darzulegen hätten[3].

2. Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers sind der Anfechtung in demselben Umfange unterworfen wie bei Mobiliargeschäften. Als Rechtsnachfolger sind z. B. Gläubiger des Schuldners oder des Anfechtungsgegners anzusehen, für die letzterer auf dem anfechtbar erworbenen Grundstücke hat Hypotheken eintragen lassen[4].

3. Rückgewähr bei Anfechtung einer Hypothek. Bei der konkursmäßigen Anfechtung einer Hypothek oder einer Grundschuld erfolgt die Erfüllung der Anfechtungsobligation nach Wahl des Gegners durch Zession der angefochtenen Post oder durch Einwilligung in die Löschung derselben[5].[6]. Ein unbedingtes Recht auf die Zession hat also die Konkursmasse nicht. Dies ergiebt sich daraus, daß die Anfechtungsobligation, selbst vom Standpunkt der Dolustheorie aus, den Gläubigern nur ein Befriedigungsmittel wiederschaffen soll, welches ihnen entzogen ist. Entzogen ist ihnen aber keineswegs das Recht, sich aus dem schuldnerischen Grundstück gerade in den Grenzen und mit den Vorrechten der angefochtenen Post befriedigt zu

---

[2] Ein Schwager des Schuldners erwirbt z. B. eine Grundschuld, die kraft Blankozession dem letzteren gehörte und von ihm anfechtbar gleichfalls in blanco an einen nicht verwandten Zwischenbesitzer übertragen war. Trotzdem leugnen Mot. 118, Sarwey Aufl. 1. 131, Jäckel 125 den Widerspruch zwischen Anfechtungs- und Grundbuchrecht.

[3] Vgl. hierüber Reichsgericht V 285. Entsch. 75[22].

[4] Reichsgericht 9[84]. — Bayern 1226 und Entw. I. § 39 hatte diese Frage dem bürgerlichen Recht überlassen.

[5] Letztere gilt auch nach dem Preuß. G. v. 5. Mai 1872 §§ 63 f. nicht als Zession, da diese Paragraphen eine Löschungsbewilligung wegen Zahlung des Grundstückseigenthümers voraussetzen. Dernburg I. § 338.

[6] A. M. z. B. Jäckel 184[19]. Mot. 14 wollen das bürgerliche Recht entscheiden lassen. Richtig Reichsgericht bei Gruchot 25[111].

machen, sondern nur das Recht, den von dinglichen Gläubigern nicht in Anspruch genommenen Verkaufs- oder Nutzungsertrag des Grundstücks zu ihrer Befriedigung zu verwenden. Die Anfechtungsobligation ist also mit der Wiederherstellung dieses Rechts erfüllt, d. h. sie ist erfüllt, sobald der Anfechtungsgegner das Grundstück von der ihm gewährten Post frei macht. Würde er dagegen zur Zession verpflichtet, so erhielten die Gläubiger ein Mehreres, als ihnen ohne den anfechtbaren Akt zugestanden hätte, nämlich ein dingliches mit dem Vorzugsrecht vor den nacheingetragenen Pfandrechten ausgestattetes Befriedigungsrecht. Derselbe Akt, den die Gläubiger für ungiltig erklären, soweit er ihnen nachtheilig ist, sollte zu ihren Gunsten giltig sein, giltig nämlich, um ihnen mit rückwirkender Kraft zu einem Vorzugsrecht z. B. vor den Exekutionshypotheken zu verhelfen, die ein wachsamer Gläubiger in redlicher Weise sich hinter der anzufechtenden Post verschafft hat. Dadurch, daß der Anfechtungsgegner nicht zur Zession verpflichtet wird, wird nun freilich die Anfechtung der Hypotheken für die Konkursmasse meist ohne Vortheil sein, da der durch die Anfechtung frei werdende Ertrag des Pfandgrundstückes lediglich den nachstehenden Realgläubigern zufallen wird. Dies wäre aber muthmaßlich auch dann geschehen, wenn der anzufechtende Akt gar nicht vorgenommen wäre, und es braucht deßhalb der Anfechtungsgegner diesen Nachtheil von der Konkursmasse nicht abzuwenden.

Das gleiche Ergebniß gilt selbstverständlich auch für die Anfechtung außerhalb des Konkurses. Nur kann hier der anfechtende Einzelgläubiger nicht einmal verlangen, daß der Gegner in die endgiltige Löschung der Hypothek willigt. Vielmehr muß er sich damit begnügen, daß der Gegner darauf Verzicht leistet, bei einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Schuldners vor dem Anfechtungsgläubiger zur Hebung zu kommen.

4. Das preußische Recht hatte bezüglich der Immobiliargeschäfte eine besonders verschärfte Anfechtung neben der gewöhnlichen aufgestellt, indem sie bei der nothwendigen Subhastation und speziell bei der sich an diese anschließenden Kaufgelderbelegung gewissen Subhastationsinteressenten ein Anfechtungsrecht gegen die ihnen nachtheiligen Liquidate auch dann gewährte, wenn sie einen vollstreckbaren Titel nicht erlangt hatten [7]. Auf der andern Seite waren Grundschulden der Anfechtung seitens postlozirter Gläubiger nur in beschränktem Maße unterworfen [8]. Diese beiden Bestimmungen sind gegenwärtig aufgehoben [9].

---

[7] Subh.Ordn. v. 15. März 1869 § 71.

[8] G. v. 5. Mai 1872 § 40.

[9] Vgl. Mot. 14 flg., Jäckel 4 flg. und zu Subh.Ordn. § 71.

Siebenter Abschnitt.

Die Beendigung des Anfechtungsrechts.

Kapitel eins.

Allgemeines.

§ 64.

1. Verzicht. Das Recht zur Anfechtung ebenso wie die einzelnen durch die Anfechtungserklärung gewonnenen Befugnisse unterliegen den allgemeinen Grundsätzen über die Endigung von Rechten[1].

Insbesondere unterliegt es keinem Zweifel, daß der einzelne Anfechtungsgläubiger ebenso wie der Konkursverwalter im Wege des Vergleiches oder des Verzichtes das vorhandene Anfechtungsrecht aufgeben kann. Auch ein einseitiger Verzicht nach Erklärung der Anfechtung ist zulässig; denn letztere begründet lediglich ein einseitiges Recht des Anfechtungsgläubigers, die Gegenansprüche des Anfechtungsschuldners sind nicht selbständiger Art, sondern nur Minderung der Anfechtungsobligation[2], und ein Verzicht auf ein derartiges einseitiges Recht ist zweifellos zulässig. Soweit die Gegenansprüche des Gegners als Regreßanspruch gegen den Schuldner oder als Konkursforderung gegen die Masse geltend zu machen sind, haben sie allerdings den Charakter eines selbständigen Rechts, hängen aber andrerseits mit der Anfechtungsobligation nicht so eng zusammen, daß sie dieselbe auch in ihrem Hauptinhalte zu einem gemeinsamen Rechte beider Theile machten, und es kann also der Gegner auch auf Grund solcher Gegen-

---

[1] Ueber die Konsumtion eines Anfechtungsanspruchs durch Konkurrenz der Mitberechtigten vgl. § 41 Nr. 2.

[2] Vgl. oben § 47 Nr. 3. § 48 Nr. 3 und sonst.

ansprüche dem Verzicht der Gläubiger auf die Anfechtung nicht widersprechen. Andrerseits bleiben diese letzteren Gegenansprüche des Verzichtes unerachtet fortbestehen. Meist werden sie sich zwar durch den Fortfall der Anfechtung thatsächlich erledigen. Indeß können sie ausnahmsweise von erheblicher Wirkung sein, wenn der Gegner schon durch die vorübergehende Unsicherheit seiner Rechtslage, welche die Folge der bloßen Anfechtungserklärung war, positiven Schaden erlitten hat.

Auf den Vergleich und Verzicht finden die Formvorschriften des partikularen Rechtes gleichmäßige Anwendung, und namentlich ist im Gebiet des preußischen Landrechts, vor wie nach der Erklärung der Anfechtung, ein mündlicher Verzicht auf dieselbe ungiltig, sobald der Gegenstand der Anfechtung mehr als 150 Mark beträgt. Dies meistentheils auch bei der Anfechtung von Geschäften, welche unter das Handelsrecht fallen. Denn weder die Verfolgung der Gläubigerrechte aus einem vollstreckbaren Titel noch die Liquidation einer Konkursmasse fallen in den Rahmen des Handelsgewerbes, und es ist deshalb auch die Anfechtung meist nicht als Handelsgeschäft zu betrachten. Daß in einzelnen Fällen, namentlich bei der Fortsetzung einer gewerblichen Unternehmung des Kridars durch den Verwalter der Anfechtung die Qualifikation als Handelsgeschäft zuzusprechen ist, soll damit nicht bestritten werden.

Von solchen partikularrechtlichen Vorschriften abgesehen genügt für den Verzicht eine formlose Erklärung. Insbesondere kann der Verzicht, sobald der Berechtigte erweislich die thatsächlichen Voraussetzungen des Anfechtungsrechts gekannt hat, auch durch konkludente Handlungen, wie etwa die vorbehaltlose Annahme der Gegenleistung aus einem anfechtbaren Geschäft oder die Erfüllung eines anfechtbaren Aussonderungsanspruchs seitens des Konkursverwalters ausreichend erklärt werden.

Aehnlich dem Verzicht auf das Anfechtungsrecht wirkt jede Erklärung des Berechtigten oder jeder andere rechtliche Vorgang, durch welchen dieser selbständig zur Anerkennung des anfechtbaren Rechtsaktes verpflichtet wird. Dahin gehört die Erklärung des Konkursverwalters in einen beiderseits noch unerfüllten Vertrag eintreten zu wollen [3], die Unterlassung des Widerspruches gegen eine angemeldete Konkursforderung im Prüfungstermine oder ihre judikatmäßige Feststellung in dem auf erfolgten Widerspruch angestrengten oder fortgesetzten Prozeß. Und zwar ist in diesen Fällen das Geschäft den Gläubigern gegenüber durch einen selbständigen Rechtsgrund wirksam geworden, damit also das Recht derselben, das Geschäft als unwirksam anzufechten, beseitigt; deshalb hängt es auch lediglich von den Bestimmungen des Partikularrechts und der Zivilprozeßordnung [4] ab, ob jener

[3] A. M. Völderndorff I. 262. Rousseau 446 nr. 224.

[4] Nämlich von Z.P.O. §§ 541 flg., da die Feststellung im Prüfungstermin als

Rechtsgrund, der die Gläubiger zur Anerkennung des anfechtbaren Geschäftes verpflichtet, seinerseits entkräftet werden kann, und so das Anfechtungsrecht wieder Wirksamkeit erhält. Namentlich kann hierzu der Nachweis, daß der Konkursverwalter bei dem Eintritt in das streitige Geschäft, bei der Unterlassung des Widerspruchs gegen die anzufechtende Forderung das Anfechtungsrecht der Masse nicht gekannt hat, dienlich sein; daß aber solche Unkenntniß des Verwalters den Untergang des Anfechtungsrechts allgemein ausschließe, läßt sich vom Standpunkt des Reichsrechts nicht behaupten.

2. Fortfall der ursprünglichen Voraussetzungen. Dieser hebt das Anfechtungsrecht nur in einzelnen Fällen auf, da es an jedem Anlasse fehlt, das Anfechtungsrecht von andern privatrechtlichen Befugnissen abweichend zu behandeln und dasselbe allgemein von der Fortdauer derjenigen Bedingungen abhängig zu machen, welche das Gesetz nur als Voraussetzungen seiner Entstehung bezeichnet hat. Namentlich ist der nachträgliche gute Glaube des Gegners oder der Fortfall seiner Verschwägerung mit dem Schuldner durch Scheidung der die Schwägerschaft begründenden Ehe nicht geeignet, das einmal begründete Anfechtungsrecht wieder aufzuheben. Dagegen muß die Beendigung des Anfechtungsrechts in folgenden Fällen angenommen werden.

a) Die ursprünglich vorhandene Verkürzung der Gläubiger fällt später fort. Sei es, daß die anfänglich unzureichende Gegenleistung sich später im Werth erhöht oder den Gläubigern anderweit Vortheil bringt[5], sei es, daß das Entgelt, welches dem Zugriff der Gläubiger entzogen worden war, demnächst, etwa durch den flüchtigen Schuldner, freiwillig oder erzwungen zurückgewährt wird, sei es endlich, daß der Schuldner und sein verwandter Mitkontrahent den zu niedrig verabredeten Kaufpreis nachträglich, noch ehe der Konkurs eröffnet oder die Anfechtungsklage erhoben ist, angemessen erhöhen[6]. Denn da die Anfechtung der Masse nur gegen wirkliche Schädigungen Schutz gewähren soll, so setzt sie die verkürzende Wirkung der anzufechtenden Handlung nicht blos zur Zeit der Vornahme dieser Handlung, sondern auch zu der Zeit der Erfüllung der Anfechtungsobligation voraus. Sobald der Schaden sich behebt, welchen der streitige Rechtsakt hervorgebracht hat, erledigt sich eben die Anfechtung von selbst.

---

rechtskräftiges Urtheil gilt, und also nur durch Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigt werden kann. Vgl. noch Renouard I. 381.

[5] In Anlaß der Gegenleistung entfällt z. B. auf die Masse der Grundstückseigenthümerantheil an einem gefundenen Schatz, das Muthungsvorrecht an einem entdeckten Bergwerk, die Prämie eines Werthpapieres.

[6] Dagegen hat der Gegner ein einseitiges Recht auf Erhöhung des Kaufpreises nicht, und weder der Gemeinschuldner noch der Anfechtungsgläubiger braucht auf ein bezügliches Angebot einzugehen.

b) Weiter erlischt die Anfechtung dadurch, daß die Forderung des einzelnen anfechtenden Gläubigers beziehentlich die festgestellten Konkursforderungen getilgt werden oder sonst — durch Verjährung, Verzicht u. s. f. — erlöschen. Und zwar aus einem ähnlichen Grunde, wie bei dem vorhergehenden Falle. Die Anfechtung geht eben nur so weit, als Gläubiger des Schuldners durch das angegriffene Geschäft geschädigt sind, und erledigt sich deshalb durch die Tilgung ihrer Forderungen ohne Weiteres[7].

3. Verjährung. Das Anfechtungsrecht ist, wie alle Privatrechte, die einem bestimmten Verpflichteten oder Belasteten gegenüber gelten, einer Verjährung zu unterwerfen[8]. Und zwar scheint hier sogar für die Festsetzung einer möglichst engen Verjährungsfrist das große Interesse zu sprechen, welches der Verkehr daran hat, daß die nun einmal unvermeidliche Anfechtungsgefahr möglichst rasch zur Entscheidung komme. Diese Erwägung kann indeß nicht den Ausschlag geben. Zunächst fällt sie praktisch um deshalb wenig ins Gewicht, weil wenigstens die Konkursmasse an der schnellen Erledigung der Anfechtung offenbar ein noch weit dringenderes Interesse hat wie der Gegner, und also die Gefahr einer Verschleppung der Anfechtung eine ganz besonders geringe ist. Weiter sprechen aber auch erhebliche Gründe positiv gegen eine kurze Bemessung der Verjährungsfrist. Die Erwägung der einfachen, unleugbaren Thatsache, daß die Natur des Anfechtungsrechts eine besondere Verdunkelung des Thatbestandes bedingt und daß weiter die Gläubiger und ebenso der Konkursverwalter jenem Thatbestande unbekannt gegenüberstehen und ganz besondere Schwierigkeiten bei der Information zu überwinden haben, diese Erwägung ist derart entscheidend, daß die Anfechtungsbefugniß der Gläubiger bezüglich der Verjährung sogar milder als die meisten andern Forderungen zu behandeln war und vielleicht nur in der Hand eines Zessionars einer engeren Begrenzung bedurfte. Stand doch dem Gegner, falls im einzelnen Falle sein Interesse an der Aufklärung der Sachlage wirklich dringlich war, das Recht zu, im Wege der Präjudizialklage oder der Anmeldung seiner positiven Ansprüche die Entscheidung über die Anfechtungsbefugniß der Gläubiger seinerseits herbeizuführen[9]; glaubte er dagegen, diese Klage scheuen zu müssen, so verdiente er sicher auch eine besondere Rücksichtnahme bei Bestimmung der Verjährungsfrist nicht. Mindestens war zu erwägen, daß die Begründung einer anfechtbaren Konkursforderung der Kenntnißnahme des Verwalters und der andern Gegeninteressenten bis zu dem Augenblick

---

[7] Vgl. oben § 45 Nr. 12.

[8] Anders auffallenderweise Mot. I. 175, weil zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Gegner kein besonderes Rechtsverhältniß bestehe.

[9] Entsch. 23[120] hat allerdings eine solche Präjudizialklage „zur Zeit“ abgewiesen, aber nur aus dem oben S. 239[4] bezeichneten Grunde.

der Anmeldung im Konkurse spielend zu entziehen ist, und deshalb eine Verjährung des Rechtes auf Anfechtung der Forderung zu einer Zeit, wo die Anmeldung überhaupt noch möglich, wo die Ausschlußfrist bezüglich der Schlußvertheilung also noch nicht abgelaufen ist, geradezu exorbitant wäre.

Das Reichsrecht hat nun die Verjährung des Anfechtungsrechts für die Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses verschieden geregelt.

a) Außerhalb des Konkurses besteht ein Bedürfniß nach einer allgemeinen Verjährungsfrist nicht. Denn die engen Fristen, die der Mehrzahl der einzelnen Anfechtungsfälle gesetzt sind, werden von der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs ab berechnet, und diese würde ohnehin die Verjährung unterbrochen haben. Nach eingetretener Rechtshängigkeit bietet aber schon das Prozeßrecht ausreichende Kautelen, um einer Verschleppung des Anfechtungsrechts vorzubeugen.

Deshalb hat das Gesetz eine besondere Verjährung nur für den einen Fall der Anfechtung, welcher einer Befristung nicht unterliegt, für die paulianische Anfechtung, eingeführt. Die Verjährungszeit ist eine zehnjährige. Sie beginnt von dem Tage, wo die Aktivlegitimation des Gläubigers gegeben, d. h. seine Forderung vollstreckbar und fällig geworden ist; ist jedoch die anfechtbare Handlung erst nach diesem Zeitpunkt vorgenommen, so ist die Verjährungsfrist von dem Tage ihrer Vornahme ab zu rechnen [10].

b) Innerhalb des Konkurses ist die Möglichkeit einer Verschleppung des Anfechtungsrechtes theoretisch nicht zu bestreiten und zwar auch für die eng befristeten Fälle der Anfechtung, da die Befristung mit der Konkurseröffnung abschließt und von da ab ein rechtlicher Zwang für den Konkursverwalter, die Anfechtung zu beschleunigen, nicht besteht. Dieser theoretischen Erwägung entgegen sind nun aber oben die praktischen Gründe bezeichnet, welche einer schnellen Verjährung des Anfechtungsrechtes auch im Konkurse auf das entschiedenste widersprechen. Das Reichsgesetz hat es für gut befunden, diese praktischen Gründe vollständig zu ignoriren und obendrein im unvereinbaren Widerspruch mit der weiten zehnjährigen Frist außerhalb des Konkurses [11] gleichmäßig für alle Fälle der konkursmäßigen Anfechtung eine einjährige Verjährungsfrist von der Konkurseröffnung ab eingeführt.

---

[10] A.G. 12.

[11] Ebenso im Widerspruch mit Entw. I. — vgl. Note 8 — und ohne durch den Vorgang andrer Gesetze erheblich unterstützt zu werden. Namentlich hatten Preußen und Frankreich die gewöhnliche Verjährung des Anfechtungsrechts, obschon die Theorie — Meischeider 127, Koch, Forderungsrechte II. 845, Zachariä II. 265 — vielfach nach der Analogie der Klagen auf außerkontraktlichen Schadensersatz u. s. f. zur Annahme einer drei-, beziehentlich zehnjährigen Präskription gelangte. Ganz unerfindlich ist es endlich, wie die Motive dazu kommen, auf das Römische Recht zu exemplifiziren. Denn, wenn dieses die Verjährungsfrist auf ein Jahr festgesetzt

c) Im Einzelnen gelten für beide Arten der Anfechtung gleichmäßig folgende Sätze.

α. Die Verjährung trifft nach dem Wortlaut des Gesetzes das „Anfechtungsrecht“, ohne daß gesagt würde, ob nur die Befugniß, die Anfechtung zu erklären, oder auch die durch die einmal erklärte Anfechtung begründete Obligation verjähren soll. Wir entscheiden uns im letzteren Sinne. Denn da der Grund, welcher überhaupt zur Festsetzung einer kurzen Verjährungsfrist geführt hat, der ist, daß die mit der Anfechtungsmöglichkeit verbundene Rechtsunsicherheit zeitlich möglichst eng begrenzt werden soll, und da weiter die bloße Erklärung der Anfechtung bei der fortdauernden Zulässigkeit eines Verzichtes auf dieselbe die Rechtsunsicherheit nicht beseitigt, so muß im Sinne des Gesetzes die kurze Verjährung auch auf die thatsächliche Durchführung der einmal erklärten Anfechtung bezogen werden.

β. Die Details der Berechnung der Verjährungsfrist sind theils aus dem Reichsgesetz, theils aus dem bürgerlichen Rechte abzuleiten. Denn bei der positiven Natur der Verjährung und der Nothwendigkeit, ihre Härten durch Kautelen ganz bestimmter Art zu mildern, kann die kurze Anordnung, daß das Anfechtungsrecht in einem Jahre verjähre, nicht als erschöpfende Regelung der ganzen Frage gemeint sein, und sie verweist deshalb von selbst auf die Vorschriften des partikularen Rechtes als ihre Ergänzung; nur soweit das Reichsgesetz selber eine spezielle Bestimmung über einen Einzelpunkt getroffen hat, muß diese für die dadurch berührte Materie als erschöpfend gelten[12].

Deshalb ist für den Beginn der Verjährungsfrist, da das Reichsgesetz den Zeitpunkt derselben seinerseits bestimmt hat, lediglich diese Bestimmung maßgebend. Bei der einjährigen Verjährung kommt es also weder darauf an, ob der Verwalter zur Zeit der Konkurseröffnung das Anfechtungsrecht gekannt hat, noch darauf, ob er im Stande gewesen ist, dasselbe auszuüben. Deshalb kann die Verjährungsfrist ihren Lauf sogar zu einer Zeit beginnen, in welcher das Anfechtungsrecht noch gar nicht begründet ist, etwa dann, wenn ein vom Kridar geschlossenes Rechtsgeschäft erst nach der Konkurseröffnung durch Entwerthung der von dem andern Theile gewährten Gegenleistung sich zu einer Verkürzung der Konkursgläubiger gestaltet. Aehnlich beginnt die Verjährung der nicht konkursmäßigen Anfechtung an dem vom Gesetz bezeichneten Tage ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner damals bereits zahlungsunfähig gewesen ist[13].

---

hat — l. 1 § 1 D. h. t., Seuff. 19^{291}, Reichsgericht 4^{34}; anders Seuff. 18^{288} —, so berechnete es doch das Jahr utiliter und ließ auch nach Ablauf desselben den Gegner auf die Bereicherung haften; l. 10 § 24 D. h. t.

12 Diese beiden Grundsätze sind vom R.O.H.G. 19^{311}. 22^{307} bezüglich der Wechselverjährung zutreffend entwickelt. So auch Wilmowski 203, Otto 178. Anders Jäckel 143.

13 Jäckel 142.

Dagegen disponirt das Reichsgesetz über das Ruhen der Verjährung und über ihre Unterbrechung nicht, und es ist insoweit, anders wie bei der Wechselklage, das bürgerliche Recht entscheidend [14]. Namentlich genügt zur Unterbrechung der Verjährung die Anerkennung des Anfechtungsrechtes, seine Erfüllung, endlich die Klagerhebung [15] und die gerichtliche Protestation.

Die ruhende Verjährung läuft weiter, sobald das Hinderniß ihrer Fortsetzung gehoben ist; die unterbrochene Verjährung dagegen beginnt sofort nach der Unterbrechung mit neuer ein- bez. zehnjähriger Frist, sobald der Grund der Unterbrechung, insbesondere der Anfechtungsprozeß nicht selber fortdauert. Dies auch dann, wenn das bürgerliche Recht selber abweichende Vorschriften trifft, und etwa bei der Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung eine besondere Verjährung der Litispendenz und der Judikatforderung anordnet und für dieselbe eine besondere Frist, meist von längerer Dauer als die frühere, festsetzt; denn da das Reichsgesetz für den Anfangspunkt der Verjährung und ihrer Dauer eigene Bestimmungen getroffen hat, welche auf den Fall der Unterbrechung der Verjährung mindestens analog anwendbar sind, haben daneben die Anordnungen des bürgerlichen Rechtes keinen Raum [16].

γ. Die Erfüllung des Anfechtungsanspruches unterbricht selbstverständlich, wie bereits betont, die Verjährung. Besteht also das anfechtbare Rechtsverhältniß lediglich aus einer Forderung des Gegners an den Schuldner, so wird die Verjährung des bezüglichen Anfechtungsrechtes durch die einfache Erklärung des Verwalters oder Einzelgläubigers, daß er von diesem Anfechtungsrecht Gebrauch mache, unterbrochen. Denn diese Erklärung beseitigt an und für sich, und ohne daß es einer weiteren Bekräftigung durch Klagerhebung oder Urtheilsspruch bedarf [17], die Wirksamkeit der Forderung gegenüber dem Anfechtungsberechtigten. Dessen Ansprüche sind also befriedigt und für die Verjährung ist kein Raum mehr vorhanden. Das ist im Grunde auch praktisch unabweisbar. Denn das Gesetz kann unmöglich wollen, daß etwa der Konkursverwalter Forderungen, von deren Existenz er unbestimmt Kenntniß erhält, lediglich um deswillen und ohne daß sie zum Konkurse angemeldet wären, im Wege der Klage angreifen sollte. Vielmehr kann er einfach die Anmeldung der Forderung abwarten,

---

[14] Anders Völdernndorff I. 364, der auch bei einem Justitium die Verjährung fortlaufen läßt.

[15] A. M. Jäckel 143.

[16] A. M. bezüglich der Verjährung der Litispendenz im gemeinen Rechte Stieglitz 187.

[17] Vgl. oben § 39 zu Note 3.

und dann, auch wenn inzwischen die Verjährungsfrist verstrichen ist, im Wege des Einwandes auf die Anfechtung zurückgreifen[18, 19].

δ. Es verjährt das „Recht" der Anfechtung, nicht blos die Klage. Ist also die Verjährungszeit ohne wirksame Unterbrechung verstrichen, so kann die Anfechtung auch im Wege des Einwandes nicht mehr ausgeübt werden, da mit dem Erlöschen des Rechtes selbstverständlich auch eine Einrede aus demselben nicht mehr zulässig ist[20]. Namentlich kann der Verwalter auch kompensationsweise auf die verjährte Anfechtung nicht zurückkommen. Auch davon, daß etwa eine Naturalobligation als Rückstand des verjährten Rechtes übrig bleibe, kann nicht die Rede sein[21].

ε. Eine Restitution gegen den Ablauf der kurzen Verjährung findet, von dem reichsgesetzlich vorgesehenen Falle des § 190 Z.P.O. natürlich abgesehen, nicht statt. Denn ein Rechtsmittel, welches, wie die preußische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eine Frist um mindestens vier Jahre verlängert, kann auf solche Fristen, die selber kürzer als vier Jahr sind, nicht angewendet werden[22]. Außerhalb des Konkurses wird dagegen die Möglichkeit einer Restitution nicht abzulehnen sein.

Kapitel zwei.

Einfluß der Konkurseröffnung auf die nicht konkursmäßige Anfechtung.

§ 65.

Von der Konkurseröffnung ab bis zur Beendigung des Konkurses dürfen die Konkursgläubiger ein ihnen an sich zustehendes Anfechtungsrecht nur soweit ausüben, als der anfechtbare Akt das nicht zur Masse gehörige Vermögen des Schuldners betroffen hat[1]. Im Einzelnen gelten danach folgende Grundsätze.

---

18 Gleichgiltig, ob der Gegner der Anfechtung widersprochen hat oder nicht, da sein einfacher Widerspruch an der Thatsache, daß die Masse befriedigt ist, nichts ändert.

19 Aber auch im Wege der Präjudizialklage; denn da das Recht der Anfechtung nicht verjährt ist, ist auch jede einzelne Funktion desselben erhalten.

20 Mot. 154, Wilmowski 150, Fitting 160, Jäckel 186[23]. Zweifelnd Mandry 1. Auflage 391. A. M. für das gemeine Recht Korn 179.

21 Wilmowski 202, Otto 179.

22 Entsch. 50[100]. 75[288], Wilmowski 203, Völdernborff I. 365. Vgl. allerdings R.O.H.G. 22[307].

1 A.G. § 13.

1. Der Anfechtungsanspruch der Aus- und Absonderungsberechtigten wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners nicht beeinflußt.

2. Der Anfechtungsanspruch der Konkursgläubiger erleidet erhebliche Modifikationen.

a) Bezüglich des nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens bleibt das Anfechtungsrecht bestehen, namentlich soweit der anfechtbare Rechtsakt das erst nach der Konkurseröffnung erworbene Vermögen des Schuldners betroffen hat. Es ist dies, da solch von der Masse ausgeschlossenes Vermögen dem Zugriff der Konkursgläubiger sonst vollständig entzogen ist[2], ein singulärer und überdies praktisch ein höchst bedenklicher Satz. Die Motive[3] suchen ihn damit zu rechtfertigen, daß sie die exemte Stellung des neuerworbenen Vermögens lediglich für normale Fälle als begründet, bei anfechtbaren Geschäften des Schuldners aber die Wiederherstellung des Zugriffs der Gläubiger für geboten erachten. Allein diese Rechtfertigung ist durchaus verfehlt, weil sie nur einen Einwand widerlegt, den überhaupt Niemand erheben wird. Denn nicht die Zulässigkeit des Zugriffs der Konkursgläubiger überhaupt ist bedenklich, sondern die Zulässigkeit eines Zugriffs jedes Einzelgläubigers als solchen, die mit dem Grundsatze der par conditio creditorum in schroffem Widerspruche steht und noch im letzten Moment den Vertheilungsplan völlig verschieben kann. Es ist unter den vielen Seltsamkeiten der neuen Gesetzgebung eine der seltsamsten, daß sie den Gedanken, die Exemtion des neuerworbenen Vermögens passe nur für normale Fälle, nicht zu Ende gedacht und die Exemtion, d. h. den Ausschluß dieses Vermögens von der Konkursmasse, für den Bereich des Anfechtungsrechts nicht einfach aufgehoben hat. Daraus hätte sich dann ein ganz rationelles Anfechtungsrecht des Verwalters für Rechnung der Konkursgläubiger ergeben, neben welchem auch ein Anfechtungsrecht auf Grund jüngerer, erst nach der Konkurseröffnung entstandener Forderungen ohne Schwierigkeit zulässig gewesen wäre. Nach geltendem Rechte greift hier dagegen ein nicht konkursmäßiges Anfechtungsrecht jedes einzelnen Konkursgläubigers Platz. Nur müssen natürlich in dessen Person die weiteren Voraussetzungen dieses Anfechtungsrechtes vorhanden sein. Dabei ist jedoch — mit Rücksicht auf die Analogie, welche der Rechtszustand nach Beendigung des Konkurses und die alsdann vorzunehmenden Anfechtungen bieten[4] — anzunehmen, daß jede Konkursforderung, die ohne Widerspruch des Kridars im Prüfungstermin zur Feststellung gelangt ist,

---

[2] R.K.O. § 1.

[3] Mot. zum A.G. 32.

[4] K.O. § 152.

auch gegen den Kridar als vollstreckbar und daß sie nach Abzug des etwaigen Interusurium auch als fällig gilt[5].

b) Bezüglich des Konkursmasse-Vermögens verändert sich das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger in sehr erheblicher Weise. Das Gesetz unterscheidet höchst künstlich und komplizirt eine Reihe einzelner Fälle.

aa) Die Anfechtung ist noch von keinem Gläubiger erklärt, oder sie ist außergerichtlich erklärt, aber dem Widerspruch des Anfechtungsschuldners gegenüber ohne thatsächliche Wirkung[6]. Alsdann ist ausschließlich die konkursmäßige Anfechtung in ihrer gewöhnlichen Gestalt zulässig.

bb) Der Anfechtungsprozeß ist angestellt und noch rechtshängig. Er wird alsdann durch die Konkurseröffnung, obschon diese keine der Prozeßparteien betrifft und daher der Fall von Z.P.O. § 218 nicht vorliegt, unterbrochen[7] und ruht, bis er wieder aufgenommen wird. Im Uebrigen wird wieder unterschieden.

α. Der Verwalter nimmt den bereits anhängigen Anfechtungsprozeß nicht auf. Alsdann behält das konkursmäßige Anfechtungsrecht der Masse seine Wirkung, ohne daß die Thatsache dieses Vorprozesses modifizirend einwirkt. Der Vorprozeß selbst kann aber zwischen den früheren Parteien fortgesetzt werden, sofern der Rechtsstreit sich nicht blos auf die Anfechtungsobligation bezieht, die Anfechtung also durch Einrede geltend gemacht oder der Anfechtungsklage eine Rekonvention selbständigen Inhalts entgegengesetzt ist. Hierbei darf jedoch der Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers materiell nur soweit zur Erörterung kommen, als er für die Prozeßkosten des der Konkurs-Eröffnung vorausgegangenen Verfahrens erheblich ist. Betrifft dagegen der Vorprozeß ausschließlich die Anfechtungsobligation, so kann er überhaupt nur wegen dieser Kostenfrage fortgesetzt werden.

β. Der Verwalter tritt in den Prozeß ein. Dann scheidet der früher allein betheiligte Einzelgläubiger aus dem Prozesse ganz aus und kann nur wegen der ihm bis dahin erwachsenen Kosten dem Verfahren als Intervenient beitreten; auch sind ihm diese Kosten[8] vorweg aus demjenigen Bestande zu erstatten, um welchen die Konkursmasse auf Grund des von ihm begonnenen Anfechtungsprozesses vergrößert wird. Durch diesen Wechsel in der Person des Anfechtungsgläubigers verändert sich nun aber die Natur des ganzen Rechtsstreites, und soweit die Prozeßlage dies zuläßt, muß das Endurtheil auch auf diese Veränderung Rücksicht nehmen. Das Anfechtungs-

[5] Vgl. Wilmowski zu § 152 K.O. Anm. 3.

[6] In dem oben S. 357 *γ* entwickelten Sinne.

[7] Ist die Anfechtung nur durch Einrede oder Widerklage geltend gemacht, so wird der Hauptprozeß natürlich nicht unterbrochen.

[8] A.G. § 13. Auch wenn sie vom Gegner nicht zu erstatten und etwa nicht zweckmäßig verwendet sind.

objekt ist fortab nicht blos der Zwangsvollstreckung des Einzelgläubigers frei zu überlassen, sondern positiv an die Gläubiger herauszugeben. Der Anspruch des Gegners auf Erstattung des von ihm gewährten Entgelts ist nach Maßgabe der für den Konkurs geltenden Grundsätze zuzulassen. Die nachträgliche Bezugnahme auf die besondern Gründe konkursmäßiger Anfechtung ist nicht ausgeschlossen und ebenso ein Mangel in der Aktivlegitimation des früheren Anfechtungsgläubigers — etwa mit Bezug auf die Vollstreckbarkeit und Fälligkeit seiner Forderung — dem Anfechtungsanspruch in seiner neuen Gestalt nicht mehr von Nachtheil. Endlich darf der Konkursverwalter auch den Umfang der Anfechtung erweitern und die Erfüllung der Anfechtungsobligation in Höhe sämmtlicher Konkursforderungen, nicht blos in Höhe der Forderung des früheren Klägers verlangen. Dagegen dürfen andere Grundsätze der konkursmäßigen Anfechtung auf diesen Rechtsstreit nicht übertragen werden, da das Gesetz den Anspruch der Masse auch materiell als identisch mit dem nicht konkursmäßigen Anfechtungsanspruch des früheren Klägers auffaßt. Namentlich dürfen die Anfechtungsfristen nicht von der Konkurseröffnung, sondern sie müssen von dem Tage ab zurückgerechnet werden, an dem der Anspruch des Einzelgläubigers rechtshängig wurde, und auch die konkursmäßige kurze Verjährung kommt bezüglich dieses abgeleiteten Anfechtungsrechts der Masse nicht zur Anwendung. Nur soweit der Anspruch der Masse über den Anspruch des früheren Klägers hinausgeht und also erst nach der Konkurseröffnung rechtshängig wird, kommen auch in den letztgedachten Beziehungen die konkursrechtlichen Vorschriften zur Anwendung.

cc) Der erhobene Anfechtungsanspruch ist rechtskräftig festgestellt, aber noch nicht in der Person des Einzelgläubigers konzentrirt. Er geht alsdann von Rechts wegen unverändert auf die Konkursmasse über [9], nur mit der Verpflichtung belastet, aus dem Erstrittenen dem Gläubiger die Prozeßkosten vorweg zu erstatten. Daneben steht der Masse selbstverständlich auch das gewöhnliche Anfechtungsrecht zu, und zwar hat der Verwalter die freie Wahl, ob er nur dieses Recht oder nur den bereits rechtskräftig festgestellten Anspruch des Einzelgläubigers oder beide Ansprüche neben einander gebrauchen will [10].

dd) Der Anfechtungsanspruch ist bereits in der Person des Einzelgläubigers — durch Erfüllung, Novation, Pfändung, Erlaß u. s. f. — konzentrirt. Dann ist der konkursmäßige Anfechtungsanspruch, insoweit er mit jenem kollidirt, aufgehoben und kann nur unter Umständen durch Anfechtung des konsumirenden Rechtsaktes indirekt zur Geltung gebracht werden [11].

---

9 Umschreibung der Vollstreckungsklausel aus Z.P.O. § 665.

10 Nach den oben § 41 Nr. 2 entwickelten Grundsätzen.

11 Eccius I. 621.

c) Nach Beendigung des Konkurses gewinnt der Anfechtungsanspruch jedes Einzelgläubigers wieder rechtliche Wirkung, jedoch mit wesentlichen Modifikationen. Einerseits steht ihm jeder Umstand entgegen, welcher die Gesammtverpflichtung des Anfechtungsgegners zu Gunsten der Konkursmasse konsumirt hat; ebenso jede andere Einrede, die gerade gegen den Anspruch der einzelnen die Anfechtung wieder aufnehmenden Gläubiger dem Verwalter gegenüber begründet ist. Andrerseits wird eine Anfechtung, die innerhalb eines Jahres nach der Beendigung des Konkurses rechtshängig gemacht wird, dadurch begünstigt, daß die Anfechtungsfrist von der Konkurseröffnung und nicht erst von der Rechtshängigkeit des Anspruchs ab zurückgerechnet wird[12]. Prozessualisch wird die neu auflebende Anfechtung in selbständigem Verfahren geltend gemacht; durch Fortsetzung eines früheren Prozesses nur, wenn dieser von demselben Gläubiger vor der Konkurseröffnung anhängig gemacht und noch nicht endgiltig beendigt ist. Die Erweiterung, die der nicht konkursmäßige Anfechtungsanspruch durch Aufnahme des darüber schwebenden Einzelprozesses seitens des Verwalters erfährt, geht jedoch bei der Rückübertragung des Prozesses auf den ursprünglichen Gläubiger auf diesen nicht mit über.

In Bezug auf alle diese Fragen gilt der Konkurs übrigens schon dann als beendigt, wenn seine Aufhebung beschlossen ist. Es ist zwar auch nach diesem Zeitpunkt eine Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zweck der Anfechtung zulässig. Mit gutem Grunde giebt aber das Gesetz diesem praktisch kaum erheblichen Rechte des Verwalters keine die nicht konkursmäßigen Anfechtungsansprüche ausschließende Wirkung[13].

3. Das Anfechtungsrecht derjenigen Gläubiger, deren Forderungen erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, bezieht sich nur auf das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen und wird durch die Thatsache des schwebenden Konkurses nicht beeinflußt.

---

[12] A.G. § 13 Abs. 4.

[13] Denn das Gesetz läßt die letzteren mit der „Beendigung des Konkursverfahrens" wiederaufleben und versteht darunter offenbar den Aufhebungsbeschluß, wenn dieser auch die Möglichkeit einer Nachtragsvertheilung nicht ausschließt. A. M. Korn 29, Otto 155, wenn der Verwalter das Anfechtungsrecht erst nach Aufhebung des Konkurses in Erfahrung bringt.

Kapitel drei.

Einfluß der Beendigung des Konkurses auf die konkursmäßige Anfechtung.

§ 66.

Die Beendigung des Konkurses hebt der Regel nach das konkursmäßige Anfechtungsrecht auf. Ein noch schwebender Anfechtungsprozeß, den der Verwalter anhängig gemacht hat, kann deshalb von dem früheren Gemeinschuldner zunächst nur der Kosten wegen fortgesetzt werden[1]. Eine Ausnahme hiervon gilt jedoch für den Fall, daß der Konkursverwalter den Anfechtungsanspruch, sei es an den Kridar, sei es an einen Dritten, abgetreten hat, und demnach der neue Erwerber des Anspruchs denselben in eignem Namen einklagen und mit Genehmigung des Gegners auch den bereits anhängigen Anfechtungsprozeß fortsetzen darf[2]. Daß diese Ausnahme vorliegt, muß aber besonders bewiesen werden. Eine stillschweigende Zession wird nur in seltenen Fällen als genügend anzusehen sein, und namentlich läßt sich nicht behaupten, daß bei dem Zustandekommen eines Akkordes das konkursmäßige Anfechtungsrecht im Zweifel auf den Kridar mitübertragen sei[3].

Wird der geschlossene Konkurs wieder aufgenommen, so gilt das neue Verfahren als Fortsetzung des früheren, und es lebt also die Anfechtungsbefugniß, soweit nicht Verjährung eingetreten ist, wieder auf[4]. Ob der Verwalter die Anfechtung bereits im ersten Stadium des Konkurses hätte geltend machen können, ist hierbei ohne Einfluß. Es kann auch die Wiederaufnahme des Konkurses lediglich zu dem Zwecke geschehen, um einen Anfechtungsprozeß anhängig zu machen[5].

---

1 Wilmowski 149.

2 Z.P.O. § 236.

3 Vgl. oben § 57 Nr. 5.

4 So offenbar für K.O. § 184. Aber auch im Falle von K.O. § 153 Abs. 2 wird man die Worte: „wenn . . ermittelt werden", nicht zu eng interpretiren. So z. B. wenn der Anfechtungsprozeß blos deshalb unterlassen wurde, weil er eine Nachtragsvertheilung für sich allein nicht verlohnte, und nun nachträglich anderweite lohnende Objekte ermittelt werden, — soll dann das Anfechtungsrecht der Masse wirklich konsumirt sein? Anders Otto 155, Korn 29.

5 R.K.O. § 153 Abs. 2.

Schlußwort.

§ 67.

Die sachlichen Bedenken, die im Verlauf dieser Darstellung gegen die Grundsätze des heutigen positiven Anfechtungsrechts geltend gemacht sind, haben zu einem erheblichen Theil eine gemeinsame Quelle: die kasuistische Fassung der Reichsgesetze. Unsere Kritik gegen das Reichsrecht ist deshalb solange eine unbillige, als man dies Prinzip der Kasuistik für unumgänglich — wenn auch vielleicht nur als ein nothwendiges Uebel — erachtet.

Die geschichtliche Entwickelung des Anfechtungsrechts, mit der wir diese Abhandlung einleiteten, giebt nun aber gerade für diese Schlußerörterung den richtigen Gesichtspunkt. Freilich sahen wir überall, wo wir auch hinblickten — bald mehr bald weniger, aber doch niemals gänzlich fehlend — die bunteste Kasuistik walten; nur das Gebiet des römischen Rechts erschien frei davon. Aber es wäre doch voreilig, daraus die Lehre zu ziehen: es bliebe nur die Wahl zwischen der Rückkehr zu den Prinzipien des Prätor Paulus und der willkürlichen Methode der italienischen Statutarrechte. Denn diese Methode hat sich im Laufe der Zeit doch sehr erheblich entwickelt und verfeinert. Dies ergiebt der Vergleich zwischen den älteren und neueren Gesetzen, namentlich in England und ebenso in Deutschland. Und wenn die preußische Gesetzgebung des Jahres 1855 gegen das ältere preußische Recht die Kasuistik noch erhöhte und vier große Gruppen anfechtbarer Handlungen einführte, von denen einzelne bis zu 5 Nummern, und diese Nummern wieder ihre Unterabtheilungen und ihre kasuistischen Ausnahmebestimmungen hatten, so war selbst dies gegen den früheren Rechtszustand, der nur ganz zerstreute Spezialbestimmungen über Anfechtungsrecht — zertheilt durch drei verschiedene Gesetze und durch mehrere Titel und Abschnitte des Landrechts — kannte, ein großer formeller Fortschritt [1]. Die Gesetzgebung des Reichs hat denn auch die Anzahl der einzelnen Anfechtungsfälle erheblich vermindert und unter einheitlichere, umfassendere Kategorien untergeordnet. Dieser unleugbare und höchst anerkennungswerthe Fortschritt gegen die bisher herrschende Methode läßt aber hoffen, daß es

---

[1] Für das ältere Recht (nach 1835) ist es z. B. bezeichnend, daß Schenkungen innerhalb und außerhalb des Konkurses anfechtbar waren, die Erbschaftsentsagung des Schuldners aber nur im Konkurse als anfechtbare Schenkung galt. So trotz des Fehlens jedes innern Grundes nach dem kasuistischen Wortlaut der Gesetze erkannt vom preuß. Obertrib. Entsch. 10^{473}.

möglich ist, diese Methode selbst ganz und gar zu überwinden. Das Mittel dazu liegt einfach in der konsequenten Fortentwickelung desjenigen Prinzips, welches schon gegenwärtig, freilich von der Deliktstheorie mehrfach durchkreuzt, das geltende Recht beherrscht, nur unter Befreiung dieses Prinzips von der willkürlichen Einengung desselben in rein positive kasuistische Einzelregeln.

Dieses Prinzip bestand in dem Satz, daß Jedermann, der in rechtliche Berührung mit einem fremden Vermögen tritt, die Bestimmung dieses Vermögens zu respektiren hat, die persönlichen Schulden seines Besitzers zu befriedigen, daß diese Verpflichtung indeß nicht absolute Geltung beansprucht, sondern nur da in Wirkung tritt, wo ihre Beachtung nach Lage des einzelnen Falles dem Dritten zugemuthet werden kann. Wir meinen nun, daß das Gesetz sich einfach damit begnügen kann, dieses Prinzip als solches aufzustellen, statt wie bisher in kasuistischer Methode zu spezialisiren, in welchen Fällen es diese Zumuthung für gerechtfertigt erachtet. In etwas andrer Fassung könnte die gesetzliche Regel dahin formulirt werden: anfechtbar ist eine Zuwendung aus dem Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners, welche ein gewissenhafter Mensch — bonus pater familias — mit Rücksicht auf die Gläubiger dieses Schuldners nicht angenommen oder behalten haben würde.

Daß diese Regel weniger bestimmt lautet als der Wortlaut der positiven Gesetze, ist von vorneherein zuzugeben. Daraus allein aber kann ein Vorwurf gegen unsern Vorschlag nicht entnommen werden. Denn der Vorzug präziserer Bestimmtheit läßt sich der kasuistischen Gesetzgebung überhaupt nicht absprechen, und doch ist man in der Verurtheilung derselben im Allgemeinen — von unsrer speziellen Frage natürlich abgesehen — einig. Und, wenn irgendwo, so zeigt doch gerade diese unsre spezielle Frage, daß die Präzision der Kasuistik eine nur scheinbare ist; sie zwingt im Allgemeinen zur strengsten Wortinterpretation, und deren Resultate sind häufig so irrationell wie möglich[2]; ab und zu aber läßt sie sich ohne freiere Auslegung praktisch gar nicht durchführen, und alsdann stellen sich noch weit bedenklichere Zweifel heraus als diejenigen, die uns bei der Interpretation eines allgemeinen Rechtsprinzips begegnen[3].

---

[2] Z. B. ist ein Vertrag mit dem Schwager der Frau des Schuldners anfechtbar, selbst wenn die Frauen Beider seit Jahren gestorben sind, der Vertrag mit dem Bräutigam der Tochter des Schuldners, unter der Bedingung der Eheschließung vereinbart, ist dagegen giltig. Die Zahlung mit Banknoten und Papiergeld auf Wechsel ist anfechtbar, die mit Münze ist giltig u. s. f. Vgl. oben S. 124[15], 125[17] und S. 344[9].

[3] Das Gesetz verlangt z. B., daß der Gegner gewisse Thatsachen gekannt haben muß, ohne seine Mitwirkung bei der streitigen Handlung zu verlangen. Wie nun,

Im Gegensatz hierzu ist das hier formulirte Prinzip in Wahrheit weniger unbestimmt als es scheint. Denn in der Schule der bisherigen Gesetzgebung — und gerade Dank der eisernen Starrheit ihrer Kasuistik, welche hierdurch ihre eigenthümliche historische Berechtigung erhält, — ist bereits jetzt ein lebendiges Gefühl dafür großgezogen, daß wir nicht allein unsern eignen Gläubigern, sondern auch den Gläubigern anderer Personen Rücksicht schuldig sind, und daß wir auch bei einem fremden Vermögen dessen Bestimmung zu beachten haben, zur Erfüllung der Verpflichtungen seines Besitzers zu dienen. Wird das Prinzip als solches einmal im Gesetz anerkannt werden, so wird überdies eben dadurch die Schulung des allgemeinen Rechtsgefühls regen Fortgang erhalten, und das richterliche Arbitrium wird, in engem Anschluß an diese Verfeinerung des allgemeinen Rechtsgefühls, immer bestimmter und vielleicht immer strenger werden können. Das alles mag sehr ideologisch klingen, die stäte geschichtliche Entwickelung wird aber, wenn auch in langsamem Schritt, dennoch sicher zu der Feststellung unsres oder doch eines ähnlichen Prinzips führen. Die Rechtsgeschichte ist ja an solchen Vorgängen reich. Wie „ideologisch" mag es den Römern zur Zeit der zwölf Tafeln geklungen haben, hätte man schon damals die aquilische Pflicht des Schadensersatzes in dem Umfang aufgestellt, wie die Pandekten sie lehren! Daß man fremde Sachen nicht absichtlich schädigen darf, wäre freilich schon damals einem jeden begreiflich gewesen. Daß man aber bei der Berührung mit fremden Sachen sich positiv in Acht zu nehmen, daß man die fremden, vielleicht nicht einmal dinglich geschützten Interessen an einer körperlichen Sache mit der Sorgfalt eines guten Hausvaters zu respektiren habe, — einem Freunde präziser, klar bestimmter Gesetzgebung müßte dieser allgemeine Satz noch heute undurchführbar erscheinen. Und doch hat sich der Verkehr an diesen Satz gewöhnt und den Maßstab nicht gar zu schwer gefunden, nach welchem die Grenze der Sorgfalt zu bemessen ist, die wir einer fremden Sache schuldig sind.

Das Problem, welches das Anfechtungsrecht bietet, ist ja nun freilich unvergleichlich subtiler als das, mit dem sich einst der Tribun Aquilius beschäftigt hat, und wir können uns heute auch noch nicht auf eine so stäte Rechtsentwickelung stützen, wie sie sich in Rom zwischen jenem alten Satz, der in den zwölf Tafeln das „quae rupsit sarcito" aussprach, und der Abfassung des Titels IX. 2 der Digesten liegt. Der Mangel kontinuirlicher Rechtsentwickelung in Deutschland ist aber eine Thatsache, die sich jetzt nicht mehr ändern läßt, und dadurch am wenigsten, daß wir in der Zeit allge-

---

wenn er die Vornahme der Handlung gar nicht verhindern konnte? Wie steht es ferner mit einem Irrthum des Gegners über gewisse Voraussetzungen der Anfechtung, deren Kenntniß das Gesetz nicht ausdrücklich fordert? Vgl. oben S. 54 zu Anm. 3 und S. 92 flg.

meinen Fortschritts allein unserem Privatrecht Stillstand gebieten wollten. Ohnehin reden wir einer alsbaldigen Aenderung des heutigen Anfechtungsrechts nicht das Wort, sondern wünschen höchstens zugleich mit dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch auch für die hier behandelte Materie eine Reform. Bis dahin werden aber Jahrzehnte vergehen, Zeit genug, um für die Bildung des allgemeinen Rechtsgefühls die Früchte zu ziehen, die sich aus dem heutigen Recht gewinnen lassen.

Ergänzungen und Berichtigungen.

Zu Seite 5 Nr. 2. Auch Handlungen von Verwandten des Schuldners sind anfechtbar in Rom, Stat. civ. 1363, I. 73. 108 nach Lattes 325[14]. — Es gab besondere Formen, z. B. Zeugenzuziehung um die Anfechtung der Gläubiger auszuschließen; so in Mailand 1498, cap. 276 und nach Lattes in Florenz 1577, III. 2. — Andere Bestimmungen bei Fuchs 46[2], 51[11], und jetzt bei Lattes a. a. O. über Venedig, Bologna, Cremona, Bergamo, Monza u. s. w. Vgl. auch Lattes, Fall. p. 28. Milone, arch. giurid. Bd. 16, S. 181.

Zu Seite 5 Anmerkung 7. Andere Statuten, z. B. Bologna und Florenz 1577, setzen für Immobilien nur längere Anfechtungsfristen fest, (Lattes a. a. O.) oder geben, wie Genua IV. 7 den Gläubigern binnen Jahr und Tag ein Einlösungsrecht, falls der Gegner den Kaufpreis nicht nach Taxe der Sachverständigen erhöht.

Zu Seite 6 Anmerkung 9. Aber nur Schenkungen an Verwandte.

Zu Seite 6 Anmerkung 11. Die Zitate aus Baldus und Menochius sind dem Roccus entlehnt, finden sich jedoch in den mir vorliegenden Ausgaben nicht. Dagegen setze ich noch hinzu: Casaregis disc. 57 nr. 11, 135 nr. 4, 152 nr. 5, 179 nr. 88, 209 nr. 18. Roccus, notab. 22, 34. Straccha IV. 7.

Zu Seite 6 Anmerkung 13. Ueber französische Rechtsentwickelung vgl. noch Renouard I. 39 flg., 345 flg. Dort auch die Texte der zu Nr. 3 erwähnten Edikte, Reglements u. s. f.

Zu Seite 7 Anmerkung 16. Der c. de c. erwähnt die Angabe an Zahlungsstatt noch nicht ausdrücklich. Vgl. hierüber und über die Anfechtung von Hypotheken nach dem alten c. de c. die Ergänzung zu S. 110 Anm. 9 und S. 195 Anm. 6.

Zu Seite 8 Anmerkung 19. Ueber den c. di c. von 1865 vgl. Vidari S. 189. — Der jetzige c. di c. (1882) ist übrigens auch sonst subjectiver gefaßt als das französische Gesetz: vgl. unten S. 377.

Zu Seite 8 Anmerkung 20. Ueber älteres holländisches Recht vgl. Holtius S. 146. Wichtig ist die Keure vom 3. Dez. 1644 (Amsterdam): „dat alle transporten, cessien en verpandingen, gedaan tot verzekering van oude schulden binnen ver weken vóór de insolvencie van onwaarde zullen zijn.“ — Wesentliche Unterschiede des jetzigen holländischen gegen das französische Recht sind weiter, daß dort die Anfechtung der datio in solutum und die Anfechtung aus dem Grunde der Insolvenz (Art. 447 c. de c.) nicht übernommen ist.

Zu Seite 8 Zeile 5, 13, 20. „Von der Konkurseröffnung ab“. Vgl. unten S. 376 flg.

Zu Seite 8, Zeile 6 von unten. C. de c. 1041 enthält solche Präsumtion nicht ausdrücklich, sondern deutet durch die Worte: „mediante la prueba de haberse obrado en fraude“ auf einen Beweis des Dolus hin. Indeß läßt der Gegensatz von art. 1041 mit art. 1042 nur die Annahme zu, daß mindestens bezüglich des Schuldners der Dolus gegenüber dem ersteren Artikel eines Beweises nicht bedarf, daß dieser Artikel vielmehr nur eine Uebersetzung von art. 445 des älteren französischen c. de c. darstellen soll. Einen Beleg für meine Ansicht aus der spanischen Litteratur kann ich übrigens nicht anführen; das Zitat aus Reuz y Garcia oben Seite 126[19] ist ein versehentliches.

Zu Seite 11 Nr. 9. Das dänische Recht ist aber subjectiver wie das französische, in so weit als es bei den Schenkungen verlangt, der Gegner müsse die Insolvenz des Schenkers haben „vermuthen“ können, und als es bei den Gratifikationen die Anfechtung ausschließt, wenn der Gegner für die kritische Zeit die Solvenz des Schuldners oder seine Unkenntniß von der Insolvenz nachweist.

Norwegen (1863) § 42 flg. ist dagegen in diesen beiden Punkten beim französischen Recht stehen geblieben und ist dieser objektiven Haltung auch darin getreu, daß es die Kenntniß des Gegners von der Insolvenz des Schuldners nicht als Anfechtungsgrund gelten läßt, dagegen umgekehrt gegen Verwandte des Schuldners, ohne Rücksicht auf ihre Sachkenntniß, wie Dänemark, die Insolvenz desselben wirken läßt.

Schweden (1862) § 36 flg. stimmt mit dem norwegischen Recht überein, nur daß es die zuletzt erwähnte Anfechtung gegen Verwandte anscheinend nicht rezipirt hat. Dafür erklärt es selbständig binnen 30 Tagen vor der Konkurseröffnung ein Geschäft für anfechtbar, dessen nachtheilige Folgen für die Gläubiger der Gegner bei Abschluß desselben voraussehen mußte; eines Dolus des Schuldners wird dabei nicht gedacht.

Zu Seite 11 Nr. 10. Zwischen „nur“ und „wenn“ ist einzuschieben: „beschränkt und auch für unentgeltliche nur dann“. — Das russische Anfechtungsrecht ist in den drei großen Zivilgesetzen zerstreut. Anfechtbar sind:

a) Dolose Rechtsakte des Schuldners (und Gegners?): Sak. grash. 1529. 2014. 2018.

b) Verträge mit einem Gläubiger zum Nachtheil der andern und Zahlung vor Fälligkeit binnen 6 Monaten bez. 10 Tagen vor Konkurseröffnung. (Vgl. S. 376 flg.) Ust. torg. 1957. 2013.

c) Immobiliargeschenke an Verwandte binnen zehn Jahren vor Konkurseröffnung; die Vermuthung (? Tur 120) spricht für Unentgeltlichkeit. Ust. torg. 1932 flg., Sak. çyd. grash. 1482. — Ein Verbot der absichtlichen Begünstigung eines Gläubigers vor den anderen angesichts der Konkurseröffnung ist schon im Bankerottgesetz v. 10. Dez. 1800 (Tur 98), also viel früher als in den meisten andern Staaten ausgesprochen.

Zu Seite 13 Anmerkung 16. Dabei manche Eigenthümlichkeiten: Ein Gläubiger, der „von des flüchtigen Debitoren Gütern nach desselben Falliment etwas zu sich genommen," verliert seine ganze Forderung. (Hamburg Stadtr. 1603, I. 43); die Frau des Schuldners, die ihm zu seinem gefährlichen Aufborgen oder seiner Flucht geholfen, haftet für seine Schulden mit ihrem ganzen Vermögen. (Nürnb. Reform. 1564, XII. Tit. 4) u. s. f.

Zu Seite 14 Zeile 1. Nicht beide Städte, sondern nur Lübeck hat das alte Recht konservirt.

Zu Seite 15 Zeile 3. Dem römischen Recht folgen noch mit unwesentlichen Modifikationen Bremen 1843 § 30 flg. und Lübeck 1862 § 26 flg., letzteres mit Ausnahme der Immobiliargeschäfte.

Zu Seite 15 Zeile 4. Die Entstehungsgeschichte der Reichsgesetze ist anderweit zur Genüge dargestellt; vgl. z. B. Wilmowski S. 9 flg., Hartmann S. V flg. Bemerkt sei hier nur, daß bei der Vorberathung der Konkursordnung drei Mitglieder des Handelsstandes, Warschauer, Bassenge, Schütte mitgewirkt haben.

Zu Seite 51 Anmerkung 6. Für Niederlande wird die Anfechtbarkeit der Unterlassungen gleichfalls bejaht. Oyens 112 flg. Beachtenswerth ist auch dessen Kritik der deutschen Motive.

Zu Seite 55 Anmerkung 1. Anfechtung von Prozeßhandlungen wird schon in den italienischen Statuten (z. B. Bologna 1509 nach Lattes 325[14]: pagamento anche se ordinate per sentenze; Florenz 1577 nach Lattes eod.: atti giudiziali o stragiudiziali. Vgl. auch Roccus 24) und im älteren englischen Recht (warrants of attorney, cognovits actionem, judge's orders by consent, Güterbock S. 48) erwähnt; A.G.O. I. 50, § 321 des Anhangs schränkt dagegen die Anfechtung von Erkenntnissen auf den Fall eigentlicher Kollusion ein. Im neueren Recht ist die Anfechtbarkeit von Judikaten nur insoweit bezweifelt, als sie nicht auf einer Handlung des Schuldners beruht. Vgl. aber die Bemerkung S. 371 flg.

Zu Seite 68 Anmerkung 5. Die ältere Theorie ist sehr geneigt, die

Unanfechtbarkeit der Erwerbsablehnung im römischen Recht restriktiv auszulegen. So Casaregis 209 Nr. 40. Roccus, notab. 84 flg.

Zu Seite 69 Anmerkung 7. Ebenso für Niederlande mit nachdrücklicher Betonung des Gegensatzes zum römischen Recht, Holtius 168.

Zu Seite 80 Anmerkung 12. Aehnlich Schweden 36[3]: wenn der Gegner „haft skälig anledning att sådont antaga" (nämlich die objektive Nachtheiligkeit des Geschäfts).

Zu Seite 89 Anmerkung 1. Ebenso das sonst dem römischen Einfluß noch mehr unterworfene württemberg. E.G. 49.

Zu Seite 89 Anmerkung 2. Frankreich: Bei Art. 447 wird dem gesetzlichen Wortlaut entgegen in der Praxis eine Handlung des Schuldners überhaupt nicht verlangt, so daß hier auch Urtheile, Arreste, Exekutionen anfechtbar sind. Aber auch bei Art. 446 ist die Praxis nicht konsequent, wenn z. B. ein Urtheil des Pariser Kassationshofs v. 18. Jan. 1865 eine Kompensation für anfechtbar erklärt, welche auf zessionsweisem Erwerb einer Forderung gegen den Kridar durch dessen Schuldner ohne alles Zuthun des Ersteren beruht. Massé 401 flg. Bédarride 119 quat. Vgl. aber noch Renouard, I. 389 nr. 31.

Niederlande. Das Gesetz erwähnt überall eine Handlung des Schuldners (z. B. Art. 774: pand binnen den tijd van 40 dagen etc. door den schuldenaar verleend) als Gegenstand der Anfechtung. Exekutionen gegen den Schuldner dürften also nicht anfechtbar sein, wenn sie nicht erweislich auf Kollusion mit ihm beruhen. A. M. Oyens 127: durch die den deutschen Motiven entlehnte künstliche Annahme, daß Exekutionen gegen den Schuldner prozeßrechtlich freiwilligen Handlungen desselben gleichstehen. Vgl. hierüber oben S. 90 zu Anm. 6.

Die Anfechtung lassen ferner zu:

Dänemark § 23 bei Exekutionen, wenn die Rechtshängigkeit des vorausgehenden Prozesses oder der Abschluß des vollstreckbaren Vergleichs in die kritische Frist fällt.

Schweden § 36 Nr. 5 gegen jede exekutivische Pfändung und Auktion, die also eo ipso als Gratifikation gilt.

Norwegen § 46 — ganz im Gegensatz zu dem rein objektiven Charakter seiner Bestimmungen — nur, wenn eine freie Handlung des Schuldners innerhalb der kritischen Zeit konkurrirt, also der vollstreckbare Titel, auf Grund dessen gepfändet wird, in der Frist durch einen Vergleich oder ein prozessualisches Zugeständniß des Schuldners — z. B. eine prorogatio fori, Abkürzung der Exekutionsfrist u. s. f. — geschaffen worden ist.

In allen andern Fällen verlangen die drei skandinavischen Staaten übereinstimmend eine Handlung des Schuldners.

Nordamerika § 35, verlangt dem subjektiven Charakter seines Anfechtungsrechts entsprechend stets eine Mitwirkung des Schuldners: Exekutionen

sind also nur dann anfechtbar, wenn der Schuldner procures any part of his property to be seized on execution.

Italien spricht meist unpersönlich (pagamenti avvenuti u. s. f.), ohne den Schuldner als aktiv betheiligt zu bezeichnen; Urtheile, Exekutionen u. s. f. sind also nicht ausgenommen; im Gegensatz dazu steht Spanien, welches 1039 Nr. 4 sogar ausdrücklich nur hipotecas convencionales der Anfechtung unterwirft.

Zu Seite 98 Anmerkung 2. Die amerikanischen Fristen sind 4—6 (nicht 3—6) Monate. Ueber andere Fristen vgl. die einzelnen Fälle der Anfechtung.

Zu Seite 103 Anmerkung 26. Genügt es, daß bei einer anzufechtenden Zession des Kridars die Mittheilung der Zession an den Drittschuldner in die kritische Frist fällt, während der Zessionsvertrag außerhalb der Frist liegt? Der Pariser Kassationshof hat die Frage allgemein bejaht (Renouard, I. 378), während wir eine einheitliche Antwort für unmöglich halten. Zunächst genügt die Denunziation durch den Zessionar in allen den Fällen nicht, wo der Schuldner an der anfechtbaren Handlung betheiligt gewesen sein muß, und sie genügt ferner, auch wenn sie vom Zedenten ausgeht, in den Fällen nicht, wo das Gesetz eine Gratifikation, also eine Begünstigung, die der Empfänger nicht zu beanspruchen hatte, zur Bedingung der Anfechtung macht, weil der Zessionar offenbar einen sehr giltigen Anspruch auf die Denunziation hat. Sie ist dagegen, ohne Unterschied, ob der Zedent oder der Zessionar sie vornimmt, zur Anfechtung zureichend, wenn sie eine datio in solutum auf eine Konkursforderung des Zessionars enthält und dieser die Insolvenz des Zedenten zur Zeit der Denunziation kannte.

Zu Seite 103 Nr. 6. Andere Gesetze lassen die Zeit entscheiden, wo das anfechtbare Geschäft erfüllt ist. So schon Florenz 1577 bei Lattes 325[14] und jetzt für Geschenke Norwegen § 42 und Schweden 36[1]. Oder auch bei Geschäften, die gerichtlicher Verlautbarung bedürfen den Tag der letzteren. (Norwegen § 47.)

Zu Seite 109 Anmerkung 4. Vgl. auch Spanien 1042.

Zu Seite 110 Anmerkung 9. Der ältere c. de c. 443 erklärte dagegen den Pfanderwerb als solchen, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger ihn fordern konnte, für ungiltig, sobald er in die kritische Frist fiel. Dem ist nur Portugal 1133 gefolgt. Vgl. übrigens in dieser Hinsicht Bologna 1509 und 1609 bei Lattes 325[14]. — Die skandinavischen Rechte haben dasselbe Prinzip und nehmen nur den Fall aus, daß Pfand und Forderung gleichzeitig ausbedungen wurde. (Schwed. 36[4], Norw. 45, Dänem. 21.) — Die andern Gesetze lassen auch ein nachträglich stipulirtes Pfandrecht gelten, sobald die Stipulation nur nicht in die Frist fällt, — vgl. Note 8 S. 110 und außerdem Spanien 1039[4] —, ohne auf die Zeit zu achten, die zwischen Stipulation und eigentlichem Erwerbe des Pfandrechts liegt. — Eine solche

Rücksicht findet sich übrigens noch, und zwar auf alle Immobiliargeschäfte ausgedehnt, in Norwegen 128 (ein Monat Frist in der Stadt, 3 Monate auf dem Lande).

Zu Seite 111 Anmerkung 11. Besondere Anfechtung der Leibrentenverträge auch in Bayern 1124. Vgl. auch Dänem. § 27.

Zu Seite 112 Anmerkung 14. Ueber älteres Recht vgl. S. 5 Anm. 7 und den Nachtrag dazu. Eigenthümlich Rußl. sak. çyd. grash. 1482, wonach auch ein Mobiliargeschenk anfechtbar ist, sobald der Beschenkte dasselbe zum Ankauf von Immobilien benutzt.

Zu Seite 112 Anmerkung 1. Daß umgekehrt allein die Kenntniß des Gegners von der Nachtheiligkeit des Geschäfts für die Gläubiger die Anfechtung begründen soll, ist bisher nur in Schweden 36 angeordnet.

Zu Seite 116 Anmerkung 17. Für die paulianische Anfechtung einer Zahlung auf Schuld auch Reichsg. bei Gruchot 26. S. 160.

Zu Seite 116 Anmerkung 18 i. f. Aehnlich für niederländisches Recht Holtius 165 flg.

Zu Seite 120 Anmerkung 1. In Zeile 4 von oben ist „28" die Zahl des bezüglichen Paragraphen des Fallitgesetzes. — Das älteste Beispiel einer Anfechtung gegen Verwandte ist Genua 1588, IV. 8 für Schenkungen, und für Geschäfte zwischen Vater und Sohn und zwischen Geschwistern schon früher Mailand 1498 c. 265. 275. Alle anderen älteren Bestimmungen sind entweder nicht ausschließlich auf Verwandte eingeschränkt (z. B. Rom 1363 bei Lattes 325[14]: specialmente, se l'acquirente sia consanguineo u. s. f. oder das franz. Edikt von 1609 oben S. 6 Anm. 13) oder aber geben keine eigentliche Anfechtung eines Rechtsgeschäfts (S. 5 zu a, b). — Gegenwärtig gelten für diesen Fall der Anfechtung drei Systeme:

a) Anfechtbar gegen Verwandte sind blos Schenkungen, und zwar nur gegen sie (Rußl. 1932) oder gegen Nichtverwandte nur mit kürzerer Frist (Niederl. 775, Chile 1373);

b) Anfechtbar sind auch entgeltliche Verträge, sofern der Gegner seine Sachunkenntniß nicht beweist (Preuß. 35 u. s. f.);

c) Anfechtbar sind entgeltliche Geschäfte ohne Rücksicht auf das subjektive Verhalten des Gegners (Dänem. § 28 und anscheinend auch Norw. § 43).

Zu Seite 126 Anmerkung 19 Zeile 4 von unten. Diese Notiz ist oben in der Ergänzung zu S. 8 Zeile 6 von unten berichtigt.

Zu Seite 130 Anmerkung 4. Für die Anfechtung einer Zahlung auf Schuld gegenüber Verwandten Reichsg. bei Gruchot 26[157].

Zu Seite 133 Anmerkung 1. Von den älteren Gesetzen erklärte Genua IV. c. 8 die Schenkungen unter Verwandten speziell für anfechtbar, und das englische Recht zeichnete gleichfalls schon früh die settlements without valuable consideration aus. Sonst begnügte man sich meist mit einer sehr extensiven Interpretation von l. 17 § 1 D. h. t. Vgl. auch

Mailand c. 276. Den Uebergang zum modernen Recht vermittelten L.R. I. 11 § 1129 und bezüglich der Immobiliarschenkungen c. de c. 1807 § 444. — Zeile 3 von unten S. 134 Anm. muß es statt „endlich" heißen „mit theilweiser Ausnahme der". — Nach schwedischem und norwegischem Recht (§ 36[1] bez. § 42) sind anfechtbar alle Schenkungen binnen 3 Monaten vor der Konkurseröffnung, bez. in Norw. vor dem Eröffnungsantrage. — In subjektiver Hinsicht vgl. noch die Ergänzung zu S. 140 b.

Zu Seite 136 Anmerkung 6. Die skandinavischen Gesetze sprechen dagegen von Schenkungen (Gave, gåfwa), wogegen Rußland bald ein Geschenk (dar) bald unentgeltliche Leistungen (besdeneshno) erwähnt.

Zu Seite 140 b. Zwischen der rein objektiven Anfechtung der Schenkungen im deutschen und der höchst subjektiv bestimmten Anfechtung derselben im römischen Rechte — vgl. oben S. 133 Anm. 1 — stehen noch vermittelnd:

Württemberg E.G. 51, indem es die Einrede gestattet, der Schuldner habe mit dem Geschenk die Gläubiger nicht schädigen wollen,

Dänemark 26, indem es den Beweis verlangt, daß der Gegner die Insolvenz des Schenkers habe vermuthen können.

Zu Seite 141 Anmerkung 6. Aehnliche Bestimmungen wie Preußen haben die drei skandinavischen Gesetze Dänemark 26, Schweden 36[1], Norwegen 43.

Zu Seite 147 Anmerkung 6. Schweden § 36 schließt kleine Geschenke von der Anfechtung aus, indem es „sådant wärde att borgenärerna deraf märkelig skada haft" als Voraussetzung der Anfechtung verlangt. Die andern Gesetze haben einschlagende Regeln nicht.

Zu Seite 154 flg. Die besondere Anfechtung gegen den Ehegatten des Schuldners findet sich zuerst im preuß. Landr. I. 1 § 312, Anh. § 74. (Schenkungen unter Ehegatten sind drei Jahre anfechtbar.) Früher begnügt man sich mit den gegen die Ehefrau gerichteten anderweiten Bestimmungen des Konkursrechts oder des sonstigen bürgerlichen Rechts — vgl. außer dem Verbot der Schenkungen unter Ehegatten z. B. code civil 1595 — oder ließ höchstens eine besondere Anfechtung gegen Dotalquittungen zu. So Mailand c. 268; vgl. auch Roccus 80. — Auch die neueren Gesetze beschränken sich auf die Anfechtung der Dotalquittungen — Spanien 1041[2], Württemberg E.G. 51 — oder enthalten gar keine Bestimmung gegen den Ehegatten. Anders außer Preußen noch Bayern. Vgl. S. 155[4], 162[21].

Zu Seite 186 flg. Daß die Kenntniß des Gegners von der Zahlungseinstellung des Schuldners ein selbständiger Anfechtungsgrund ist und demzufolge die Gläubiger zweifellos nicht blos die Zahlungseinstellung, sondern auch die Kenntniß des Gegners von dieser Thatsache zu beweisen haben, diesen Rechtsgedanken zur vollen juristischen Klarheit erhoben zu haben ist ein Verdienst der französischen Gesetzgebung von 1838. Den Gedanken

haben sich seitdem angeeignet Belgien, Preußen 55, Bayern, Dänemark, von nicht europäischen Staaten Chile, die Argentinische Republik, Aegypten. Ihm folgt auch Italien, nur daß es dem Gegner den Beweis nachläßt, trotz seiner Kenntniß der jenseitigen Zahlungseinstellung sei er guten Glaubens gewesen. Auf Grund selbständiger Rechtsentwickelung endlich steht ihm England nahe, nur daß hier nach der ganzen Fassung des Gesetzes und nach der Praxis — vgl. oben S. 10 Anm. 30 — der Gegner die Beweislast bezüglich seiner Unkenntniß der jenseitigen Zahlungseinstellung trägt. — Das neue Rechtsprinzip ist übrigens erst im Laufe der französischen Kammerverhandlungen zur Klarheit gebracht, während der Regierungsentwurf eine allgemeine Präsumtion des Dolus für Geschäfte vorschlug, welche nach „l'ouverture de la faillite" geschlossen waren, und hiergegen den recht vagen Beweis der Unkenntniß des Gegners „du mauvais état (des) affaires (du failli)" zuließ. — Vgl. Renouard I. 349 flg.

Zu Seite 179 Anmerkung 11. Portugal 1131: 40 Tage. Frankreich und Spanien haben solche Fristen nicht.

Zu Seite 184 Anmerkung 10. So hält man es in Frankreich auch für genügend, wenn der Gegner nur wußte, daß die offene Handelsgesellschaft, der der spätere Kridar als Sozius angehörte, die Zahlungen eingestellt hatte. (Rousseau 447 Nr. 193, 214.) Unseres Erachtens ist dies nur ausnahmsweise zutreffend. Denn die Erfahrung lehrt, daß trotz der solidaren Haftung der Sozien für die Gesellschaftsschulden eine Zahlungseinstellung der Gesellschaft bei fortdauernder Solvenz einzelner Gesellschafter vorkommt. Sie involvirt also zwar gewiß eine Zahlungseinstellung auch seitens der Sozien; aber doch nicht eine aus dem Grunde der Insolvenz, und doch kommt es nur auf eine solche an.

Zu Seite 195 Anmerkung 6. Die bestimmte Ausscheidung gratifikatorischer Begünstigungen eines Gläubigers von den übrigen anzufechtenden Akten ist gleichfalls ein Verdienst der französischen Rechtsentwickelung, obschon vereinzelt auch schon in den italienischen Statuten z. B. das pignus in vetus creditum (Bologna 1509, 1550, 1609 bei Lattes 325[14]) hervorgehoben wird und auch das englische Recht nicht geschäftsmäßige Zahlungen von jeher schärfer behandelt hat, als die direkte Kontraktserfüllung. Die drei Hauptfälle der Gratifikation sind aber sehr verschieden behandelt.

a) Die Zahlung von Fälligkeit ist schon im code von 1807 erwähnt, und findet sich seitdem gleichmäßig in sämmtlichen Gesetzen, welche unter französischem Einfluß entstehn, also mit alleiniger Ausnahme von England und den Staaten streng paulianischer Richtung, welche theilweise nur das Interusurium zurückgewähren — vgl. S. 115[15. 16] — und sämmtlich auf Seite des Schuldners fraus verlangen.

b) Die datio in solutum ist zuerst in Frankreich 1838 erwähnt, da die spanische Bestimmung 1039 Nr. 3 nur eine Angabe auf nicht fällige

Schulden voraussetzt. Sie ist seitdem aufgenommen in die Gesetze von Belgien, Preußen, Württemberg, Bayern und den drei skandinavischen Staaten, sowie von Chile und Aegypten; sie fehlt in Portugal, Spanien, Rußland, den Niederlanden und in der Mehrzahl der amerikanischen Staaten.

c) Bei den Pfandbestellungen ist der gratifikatorische Charakter gleichfalls sehr langsam betont. Vgl. oben Ergänz. zu S. 110[9].

Endlich haben viele Staaten auch die Schenkungen auf eine Linie mit den Gratifikationen gestellt. Vgl. oben S. 133[1].

Zu Seite 197 Anmerkung 8. Mit Niederlande übereinstimmend auch Schweden § 36², nicht aber die andern skandinavischen Staaten.

Zu Seite 199 Anmerkung 14. Welche Differenz zwischen Schuld und Leistung erheblich ist, ist eine schwierige Frage. Aus der französischen Praxis heben wir hervor:

Sofortige Einlösung eines Wechsels, zahlbar drei Tage nach Sicht, ist anfechtbar trotz Kürze der Frist, Bédarride I. Nr. 141. — Ebenso die Zahlung vor Fälligkeit unter Diskontabzug, selbst wenn dies „d'après une convention tacite" der Parteien geschieht, Rousseau 446 Nr. 54. A. M. Massé 399. — Unanfechtbar dagegen bei beiderseitigem Kontokorrent, dessen Saldo erst zum Schluß des Geschäftsjahres fällig ist, Zahlungen des Schuldners a conto. Rousseau 446 Nr. 52 flg. — Zahlung mit fälligen Coupons ist üblich, also nicht anfechtbar; anders bei Dividendenscheinen (auch nach Feststellung der Dividende?). Bédarride I. 113, Massé 405[5]. — Der Schuldner zahlt durch einen Check auf seinen Banquier; für Unanfechtbarkeit Bédarride I. 113 bis; für Anfechtbarkeit, sofern nicht der Banquier noch vor Konkurseröffnung aus dem Guthaben des Schuldners einlöst. Humblet 445 Nr. 135. — Bei beiderseitigem Kontokorrent sendet der Schuldner zur Begleichung des Saldo gemäß des frühern Geschäftsgebrauchs Waaren. Für Anfechtbarkeit Humblet 445 Nr. 125; dagegen Bédarride I. S. 139.

Zu Seite 204 Anmerkung 1. Norwegen § 44 flg. rechnet 8 Wochen für datio in solutum und Pfandbestellung, 4 Wochen für Zahlung vor Fälligkeit, beides vom Eröffnungsantrage ab.

Schweden § 36 rechnet 30 Tage von der Konkurseröffnung ab.

— Dabei ist aber bezüglich der in Anm. 1 S. 204 genannten Gesetze der Anfangstag der Frist zweifelhaft. Nach dem eigenthümlichen Sprachgebrauch des code de commerce von 1807 nämlich ist unter „ouverture de la faillite" nicht der richterliche Eröffnungsbeschluß, sondern der Beginn des „materiellen Konkurses", die Zahlungseinstellung oder sonst ein „act of bankruptcy" zu verstehen, obwohl die Praxis auch des Kassationshofs diesen Sprachgebrauch ignorirte (Renouard I. 347).

Demnach dürfte auch für Portugal die zwanzigtägige Frist „á abertura de fallencia" im französischen Sinne, also von der Zahlungseinstellung zu

rechnen sein. Ein Gleiches behauptet Tur 99 Anm. 108 für Rußland; indeß scheint uns bei der unpräzisen Fassung der russischen Gesetze Tur's Argument, der russische Terminus (otkrytije njeçostojatelnosti) sei einfach eine Uebersetzung des französischen „ouverture de la faillite" wenig beweisend, zumal dieser Ausdruck in § 1957 Ust. torg. offenbar als synonym mit objäblenije njeçostojatelnocti, d. h. der „Erklärung der Fallissements" gebraucht ist. Uns scheint es richtiger, mit der russischen Gerichtspraxis beide Ausdrücke gleichmäßig auf die eigentliche Konkurseröffnung zu beziehen. — Für Spanien und Italien scheint uns die oben S. 204 gegebene Uebersetzung unabweisbar, die andern Gesetze lassen einen Zweifel überhaupt nicht zu. —

Die zehn Tage finden sich übrigens bereits in Florenz 1577. Lattes 325[14]. S. ebenda die außerordentliche Mannigfaltigkeit der italienischen Fristbestimmungen (z. B. 6 Monate in Cremona, 4 Monate in Bergamo). Die Theorie will keine feste Frist, sondern appellirt an das richterliche Arbitrium. So z. B. Casaregis, disc. 75 Nr. 6 flg.

Zu Seite 206 flg. Die subjektive Wendung der Anfechtung der Gratifikationen ist keine Erfindung des Reichsgesetzes. Vielmehr ist es schon einem Theil der italienischen Statuten geläufig, die Anfechtung als eine bloße Präsumtion der Simulation auszusprechen (so z. B. Venedig 1464 bei Lattes 327[21] und die oben S. 127 Anm. 19 Genannten). Später haben die Einrede des guten Glaubens — abgesehen von England — zugelassen:

Württemberg E.G. 51 (daß Gegner nicht die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt).

Dänemark § 22 (daß Gegner die Insolvenz des Schuldners nicht gekannt).

Italien 709 (daß das Geschäft nicht „in frode dei creditori" geschehen sei: übrigens gilt diese Einrede nicht für Zahlungen vor Fälligkeit).

Spanien 1038 flg. ist zweifelhaft, da für Pfandbestellung und datio in solutum der Dolus der Betheiligten supponirt wird (se reputan fraudulentos u. s. f.), ohne daß der Gegenbeweis ausgeschlossen wird. Vgl. aber Reuz y Garcia hierzu.

Die Staaten, welche dem paulianischen System folgen, verlangen natürlich Dolus des Schuldners, und zwar ist er von den Gläubigern zu beweisen; Bremen 34 flg. und Lübeck § 27 flg. verlangen für datio in solutum und Pfandbestellung (in Lübeck natürlich nur bez. Mobiliarpfänder) Kenntniß des schuldnerischen Dolus auf Seite des Gegners, wogegen sie für Zahlungen vor Verfall diese Kenntniß nicht fordern. Sachsen 1509 flg. macht dagegen auch bei den Gratifikationen nur den Umfang der Haftung des Gegners von seinem guten Glauben abhängig.

Rein objekt sind Frankreich 1838, Preußen 1855, Bayern, außerdem Schweden, Norwegen, Rußland.

Zu Seite 232 Anmerkung 3. Ein Klagrecht des Einzelgläubigers erkennt auch Schweden 37 an.

Zu Seite 239 Anmerkung 1. Das italienische Statutarrecht spricht gleichfalls absolute Nichtigkeit aus: z. B. Florenz 1416 rubr. XI. Genua 1588, IV. c. 7, 8 u. s. f. — Von den neueren Gesetzen weisen auf Anfechtbarkeit nur die skandinavischen hin: z. B. Schweden § 36 Nr. 4: Die Pfandbestellung ist ohne Wirkung, „wenn die Gläubiger es verlangen". — Alle andern Gesetze sprechen dagegen relative Nichtigkeit aus, z. B. England: Any settlement . . . shall be void as against the trustee. Daß bei Abfassung dieser Gesetze aber die Gegensätze, die hier in Frage kommen, zur theoretischen Klarheit gebracht worden seien, darf bezweifelt werden.

Zu S. 242 flg. So sehr die Behandlung der Anfechtungsobligation als einer zweiseitig restitutorischen Verbindlichkeit der Natur der Sache entspricht, so ist sie doch nicht entfernt als ein Gemeingut der internationalen Rechtsbildung zu bezeichnen. Nur ist freilich der Wortlaut der auswärtigen Gesetze so unbestimmt und die Judikatur so schwankend, daß sich ein zweifelsfreies Prinzip für das auswärtige Recht noch schwerer ermitteln läßt, als für das einheimische. Das gilt namentlich vom französischen Recht und seinen Nachbildungen, sowie vom englischen Recht. Dagegen lassen die skandinavischen Gesetze übereinstimmend den Gegner auf den Werth der Sache und Schadensersatz haften, — Schweb. 36[6], Norw. 42 flg., 45, Dänem. 20 flg., ersteres jedoch nur eventuell, wenn die Sache auch vom Rechtsnachf. nicht zurückerlangt werden kann —; ebenso, wenn man eine gegen die Ehefrau des Schuldners getroffene Bestimmung, ust. torg. 1934 Anm. verallgemeinern darf, das russische Recht. — Umgekehrt verlangen Bremen § 44 und Lübeck § 35, soweit der Dolus des Gegners nicht bewiesen ist, d. h. also für alle Fälle des modernen Anfechtungsrechts, Erstattung des Werths nur, soweit er dem Gegner „zu Gut gekommen ist". Auch in Bayern 1226 ist nur eine sehr eventuelle Schadensersatzpflicht statuirt; ein Gleiches ist für Preußen oben S. 22 zu Note 4 flg., 244[3] nachgewiesen. Von einer historischen Nöthigung, den Anfechtungsgegner als Deliktschuldner haften zu lassen, dürfte danach keine Rede sein.

Das ältere Recht huldigt zwar zweifellos vielfach einer strengeren Anschauung. Aber man beachte, daß das ältere Recht keinen Anstand nimmt, auch auf Seite der Gläubiger die restitutorische Natur der Anfechtung zu verlassen, und ihnen nach Art der Privatstrafen eine direkte Bereicherung zuzuführen. Dahin gehören die Bestimmungen der italienischen Statuten S. 5 a, b, und nicht weniger des Hamburger und Nürnberger Rechts, Nachtrag zu S. 13[16], von neueren Rechten auch Rußland sak. grash. 2018. (Auf Anmeldung falscher Forderungen steht Strafe des

doppelten; davon fließt die Hälfte an die Masse.) Der Gegensatz dieser Methode zu der des heutigen Rechts ist so schroff wie möglich, und auch mit der hier bekämpften Theorie ist ihr nichts als die Strenge gegen den Anfechtungsschuldner gemein. Wenn es nun gilt, eine historische Unterlage für die Konstruktion des modernen Rechts zu finden, so scheint uns aber dies gemeinsame Moment zu unbestimmt, wenn man ihm den fundamentalen Gegensatz zur Seite stellt, welcher im Uebrigen zwischen der älteren und der neueren Methode, zwischen dem System der Privatstrafe und dem der Anfechtung herrscht.

Zu S. 270 Anm. 4. Mit Dänemark stimmt Schweden und Norwegen im Wesentlichen überein; Schweden § 36 Nr. 3 letzter Satz, verglichen mit § 36 Nr. 1 scheint sogar Erstattung aller Unkosten an den Gegner vorauszusetzen, auch wenn sie gar nicht dem Kridar zu Gut gekommen sind. — Bayern 1226, Bremen 46, Lübeck 35, wohl auch Sachsen 1516, und früher die A.G.O. I. 50 § 55 erkennen einen Anspruch auf Erstattung der Gegenleistung nur an, wenn sie noch in specie oder dem Werth nach in der Masse ist, erwähnen dagegen konsequentermaßen einer Konkursforderung des Gegners auf Erstattung nicht.

Zu S. 290 Anm. 1. Ganz richtig sagt deshalb Roccus 23: der partus ancillae sei nur dann mit der ancilla zurückzugeben, wenn die Konzeption vor der Veräußerung stattgefunden hat.

Zu S. 307 Anm. 1. Für England nimmt Robson 147 die Haftung des Rechtsnachfolgers nur bei „conscience“ desselben an. — Norwegen 48 verlangt, der Rechtsnachfolger müsse die Insolvenz des Schuldners oder den dolosen Charakter der Entäußerung seitens des ersten Erwerbers gekannt haben und muß eventuell diese Kenntniß eidlich ableugnen. — Schweden § 36[6] überläßt die Frage dem bürgerlichen Recht. — Das ältere Recht nimmt übrigens theilweise unbedingte Haftung des Sukzessors an: so Florenz 1416 rubr. XI.

Zu S. 325 Anm. 3. Auf die Bereicherung ist die Haftung des Erben beschränkt in Bremen 47, Lübeck 36. In Rußland 1934 haftet der Erbe wenigstens dann nicht, wenn das spezifische Anfechtungsobjekt nicht mehr vorhanden ist.

Zu S. 338 Anm. 1. Die Beschränkung der Anfechtung einer Wechselzahlung findet sich ferner in den drei skandinavischen Gesetzen, fehlt dagegen in Portugal. In denjenigen Ländern, in denen Zahlungen auf Schuld überhaupt nicht oder nur bei Dolus des Schuldners anfechtbar sind, wie in Niederland, Rußland, Sachsen u. s. f. fehlt sie gleichfalls.

Zu S. 355 Anm. 11. Eine kurze Verjährung findet sich dagegen in den skandinavischen Gesetzen: Norwegen 49 (regelmäßig 4 Wochen vom Prüfungstermin), Schweden 37 (1 Monat), Dänemark 30 (4—8 Wochen). — Rußland hat eine 10jährige Frist. Tur 137.

Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung 1873.

Dritter Titel.

Anfechtung der vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen.

§ 27. Folgende Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorgenommen sind, können im Wege der Klage und der Einrede als unwirksam gegenüber den Gemeingläubigern angefochten werden.

§ 28. I. Alle Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, alle Leistungen desselben an einen Gemeingläubiger, auch wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen sind, sowie alle Leistungen, welche ein Schuldner an ihn auf eine, von den Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens nicht ausgeschlossene Verbindlichkeit ohne Zwangsvollstreckung vorgenommen hat, — wenn dem andern Theile bei dem Abschlusse des Geschäfts, bei dem Empfange oder der Vornahme der Leistung bekannt war, daß bereits der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens beantragt war.

§ 29. II. Alle nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder in den letzten zehn Tagen vorher erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Gemeingläubiger eine Sicherung oder eine Befriedigung gewähren, die er nicht zu beanspruchen hatte, — sofern derselbe nicht Thatsachen nachweist, aus denen hervorgeht, daß er zur Zeit der Handlung von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder von einer Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, keine Kenntniß gehabt hatte.

§ 30. III. Folgende in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen:

1. Entsagungen von Anfällen, Erbschaften und Vermächtnissen, sowie alle Verfügungen des Gemeinschuldners, welche er unentgeltlich oder gegen

ein nur scheinbares Entgelt vorgenommen hat, sofern es nicht gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke von geringem Betrage gewesen sind.

2. Entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten vor oder nach geschlossener Ehe oder mit seinem oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie oder voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, — sofern der andere Theil nicht Thatsachen nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit des Vertrages eine Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht gekannt hat.

§ 31. IV. Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum sind anfechtbar:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem andern Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, innerhalb oder außerhalb eines Prozesses vorgenommen hat.

2. Freigebigkeiten des Gemeinschuldners an oder für seinen Ehegatten, sowie jede Sicherstellung oder Rückgewähr des gesetzlich in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, ohne daß hierzu eine gesetzliche Verpflichtung bestand.

§ 32. Die Zahlungseinstellung gewährt das Recht zur Anfechtung (§§ 28. 29) nicht, wenn sie früher als 6 Monate vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens erfolgt ist.

§ 33. Zahlungen, welche der Gemeinschuldner auf einen auf ihn gezogenen oder von ihm ausgestellten eignen Wechsel geleistet hat, können auf Grund des § 28 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn dieser zur Verfolgung seines Wechselanspruchs gegen Andere eines Protestes bedarf, und ein Protest in Folge der Zahlung nicht erhoben worden ist. — Die gezahlte Wechselsumme muß von demjenigen, welcher nach Inhalt des unterliegenden Schuldverhältnisses der letzte Regreßpflichtige ist, zur Gemeinmasse erstattet werden, wenn er zur Zeit, als er den Wechsel ausstellte oder begab, von einem der in § 28 erwähnten Umstände Kenntniß gehabt hatte.

§ 34. Das Anfechtungsrecht wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die anzufechtende Rechtshandlung vollstreckbar geworden ist. Einer Anfechtung des Vollstreckungstitels bedarf es nicht.

§ 35. Wird über einen Nachlaß ein Gemeinschuldverfahren eröffnet, so unterliegen auch die von den Erben in Betreff desselben vorgenommenen Rechtshandlungen den vorstehenden Bestimmungen.

§ 36. Das Anfechtungsrecht wird von dem Gemeinverwalter ausgeübt. — Uebt dieser es nicht aus, so steht dasselbe einem jeden Gemeingläubiger zu. Das von ihm Erstrittene fließt zur Gemeinmasse; aus demselben sind die Prozeßkosten dem Gläubiger zu erstatten.

§ 37. Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des

Schuldners veräußert, fort- oder aufgegeben ist, muß zur Gemeinmasse gewährt werden. — Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung gewährt dieselbe nur soweit zurück, als er durch sie noch bereichert ist.

§ 38. Die Gegenleistung wird aus der Gemeinmasse erstattet, soweit sie unterscheidbar zu dieser gekommen ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Gemeinforderung geltend gemacht werden.

§ 39. Gegen einen Rechtsnachfolger desjenigen, mit welchem die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet das gegen den letzteren zulässige Anfechtungsrecht statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, die Gläubiger zu benachtheiligen;

2. wenn er den Gegenstand ohne Entgelt oder gegen ein nur scheinbares Entgelt erworben hat, in welchem Falle der zweite Absatz des § 37 auf ihn Anwendung findet;

3. wenn er zu den im § 30 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht Thatsachen nachweist, aus denen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntniß gehabt hat.

Diese Vorschriften treten nicht ein, insoweit die Reichsgesetze oder das Landesrecht für den Erwerber günstigere Bestimmungen enthalten.

Gegen Erben findet das gegen den Erblasser begründete Anfechtungsrecht ohne die Beschränkungen dieser Paragraphen statt.

Preußisches Gesetz,

betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses, für die Landestheile, in welchen das Allgem. Landrecht und die Allgem. Gerichts-Ordn. Gesetzeskraft haben. V. 9. Mai 1855. (G.S. 1855. S. 429. Nr. 4228.)

§ 1. Außer dem Falle des Konkurses steht jedem Gläubiger, dessen Forderung vollstreckbar ist, die Befugniß zu, Rechtshandlungen seines Schuldners im Wege der Klage oder Einwendung nach Maßgabe der folgenden näheren Bestimmungen als ungiltig anzufechten.

§ 2. Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist.

§ 3. Eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners (§ 2) ist anzunehmen:

1. wenn bei der von dem Gläubiger veranlaßten Auspfändung keine Exekutionsgegenstände oder nur solche Gegenstände vorgefunden worden

sind, deren Unzulänglichkeit sich klar ergiebt, oder welche von dritten Personen in Anspruch genommen werden; sofern der Schuldner auf Befragen anderweite Gegenstände nicht sofort nachweist;

2. wenn der Schuldner sich auf flüchtigen Fuß gesetzt hat oder sich verborgen hält, und deshalb die Vollstreckung der Exekution nicht stattfinden kann;
3. wenn innerhalb des letzten Jahres vor dem Tage, an welchem die auf die Anfechtung gerichtete Klage oder Einwendung angebracht worden ist, eine Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners fruchtlos gewesen ist.

Ein anderweiter Nachweis der Vermögensunzulänglichkeit ist durch vorstehende Bestimmungen nicht ausgeschlossen.

§ 4. Werden bei der durch den Gläubiger veranlaßten Exekution Gegenstände der Exekutionsvollstreckung vorgefunden oder von dem Schuldner nachgewiesen, so treten, bevor eine Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden kann, folgende Bestimmungen ein:

1. wenn liquide, sichere, zur Deckung der Schuld hinreichende und innerhalb dreier Monate fällige Aktivforderungen in Beschlag genommen sind, so muß der Gläubiger den Zahlungstermin abwarten;
2. wenn andere bewegliche Sachen, deren Unzulänglichkeit sich nicht klar ergiebt, abgepfändet sind, so muß der Gläubiger den öffentlichen Verkauf derselben bewirken lassen;
3. wenn der Schuldner Grundstücke besitzt, so muß der Gläubiger entweder deren Revenüen in Beschlag nehmen, sofern nicht klar erhellt, daß seine Befriedigung aus den Revenüen innerhalb Jahresfrist nicht zu erlangen sei; oder er muß den gerichtlichen Verkauf der Grundstücke und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten, insofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist;
4. wenn für die Forderung eine Sache als Pfand oder Hypothek bestellt ist, welche sich nicht mehr im Eigenthum des Schuldners befindet, so muß der Gläubiger den gerichtlichen Verkauf derselben und die Vertheilung der Kaufgelder abwarten, insofern nicht der Ausfall der Forderung klar zu übersehen ist.

§ 5. Die nachstehend bezeichneten Rechtshandlungen unterliegen der Anfechtung, insofern sie innerhalb zweier Jahre, vom Tage der Anbringung der auf die Anfechtung gerichteten Klage oder Einwendung zurückgerechnet, vorgenommen worden sind:

1. Verträge, durch welche der Schuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrente gegeben hat;
2. freigebige Verfügungen des Schuldners, insbesondere Schenkungen, Erbes- oder Vermächtniß-Entsagungen, ingleichen solche Verfügungen, welche zwar unter lästigem Titel vorgenommen, aber wegen des

zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung obwaltenden erheblichen Mißverhältnisses als freigebige Verfügungen des Schuldners zu erachten sind;

3. Veräußerungen unter einem lästigen Titel, welche der Schuldner
   a) an seinen Ehegatten, vor oder nach geschlossener Ehe, oder
   b) an einen seiner eigenen nahen Verwandten, oder
   c) an einen nahen Verwandten seines Ehegatten, oder
   d) an den Ehegatten einer der unter b u. c erwähnten Personen

   vorgenommen hat; sofern der andere Theil nicht Umstände nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit der Veräußerung um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gewußt hat.

   Unter nahen Verwandten werden verstanden: die Verwandten in aufsteigender und absteigender Linie, sowie die vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister.

§ 6. Kann der Gläubiger schon vor der Vollstreckbarkeit seiner Forderung, sei es bei Anstellung der Klage oder im Laufe des Prozesses gegen den Schuldner, die Vermögensunzulänglichkeit desselben bescheinigen und eine der vorstehend (§ 5) aufgeführten Rechtshandlungen bezeichnen, welche er künftig anzufechten gedenkt, so hat auf seinen Antrag das Gericht diese Absicht sofort demjenigen bekannt zu machen, gegen welchen die Anfechtung künftig gerichtet werden soll.

Der Gläubiger erlangt durch eine solche Bekanntmachung das Recht, den zweijährigen Zeitraum, auf welchen die Anfechtung beschränkt ist, schon von dem Tage der Zustellung der Bekanntmachung zurückzurechnen.

§ 7. Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum unterliegen der Anfechtung:

1. alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der, dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevortheilen;
2. die gegen den Schuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate, sowie die auf Grund solcher Titel vorgenommenen Rechtshandlungen, wenn dabei Umstände zum Grunde liegen, bei welchen eine gleiche Absicht (Nr. 1) erhellt;
3. die freigebigen Verfügungen (§ 5 Nr. 2), welche der Schuldner zum Vortheil seines Ehegatten nach geschlossener Ehe vorgenommen hat;
4. die Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner seiner Ehefrau oder deren Rechtsnachfolgern, behufs Sicherstellung oder Abfindung wegen des in seine Verwaltung gekommenen Vermögens, in stehender Ehe ein Pfandrecht oder ein Hypothekenrecht bestellt, oder auf irgend eine Weise Befriedigung gewährt hat, ohne daß ein Fall der gesetz-

lichen Verpflichtung zur Sicherstellung der Ehefrau oder zur Herausgabe des Vermögens vorlag.

5. Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Schuldner seinem Ehegatten gegenüber, vor oder nach geschlossener Ehe, ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazialverfahren, abgegeben hat; sofern nicht die Richtigkeit der Quittung, des Anerkenntnisses oder Zugeständnisses, oder der im Kontumazialverfahren festgestellten Umstände anderweit nachgewiesen wird.

§ 8. Die Anfechtung einer Rechtshandlung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß derselben ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer vollstreckbarer Titel (§ 7 Nr. 2) hinzugetreten ist. Vielmehr ist jeder einer anfechtbaren und für ungiltig erklärten Rechtshandlung hinzugetretene vollstreckbare Titel, dem Gläubiger gegenüber, unwirksam, ohne daß es der besonderen Anfechtung desselben bedarf.

§ 9. Die Anfechtung ist unstatthaft, wenn die Rechtshandlung schon vor der Entstehung der Forderung des Gläubigers vorgenommen worden ist und es sich nicht um ein Scheingeschäft handelt.

§ 10. Der Gläubiger verliert sein Anfechtungsrecht, wenn er von demselben nicht innerhalb des Zeitraumes Gebrauch macht, in welchem ihm die Exekution gegen den Schuldner überhaupt zusteht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner Zahlungsfrist bewilligt und dies die Wirkung hat, daß die Frist verlängert wird, innerhalb welcher die Exekution zulässig ist, so wird dadurch nicht zugleich der Zeitraum verlängert, innerhalb dessen der Gläubiger von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen kann.

§ 11. Die Bestimmungen wegen Anfechtung von Rechtshandlungen, welche vorstehend in Ansehung des Schuldners ertheilt sind, gelten auch von den Erben hinsichtlich der Rechtshandlungen, welche derselbe seit dem Ableben des Schuldners über den Nachlaß in Betreff dieses letzteren vorgenommen hat.

§ 12. Der Gläubiger ist befugt, zu verlangen, daß dasjenige zurückgewährt wird, was durch die ungiltige Rechtshandlung von dem Schuldner aus seinem Vermögen oder von dem Erben aus dem Nachlasse (§ 11) weggegeben oder veräußert worden ist.

Ebenso kann, wenn die erfolgte Befriedigung eines anderen Gläubigers des Schuldners der Anfechtung unterliegt, der anfechtende Gläubiger verlangen, daß der befriedigte Gläubiger das Empfangene zurückgewährt.

Bildet eine freigebige Verfügung des Schuldners (§ 5 Nr. 2) den Gegenstand der Anfechtung, so kann das Rückforderungsrecht, wenn nicht der Fall des § 7 Nr. 1 vorliegt, nur insoweit ausgeübt werden, als der Erwerber zur Zeit der Anfechtung noch im Besitz der durch die freigebige Verfügung erlangten Sache sich befindet oder durch den aus derselben gelösten Werth noch wirklich reicher ist.

Dasjenige, was in Folge der Anfechtung zurückgewährt wird, ist zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zu verwenden.

§ 13. Gegen Rückgewähr des Empfangenen (§ 12) muß dem Erwerber seine etwaige Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, daß der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevortheilen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten.

Muß der Empfänger einer anfechtbaren Zahlung das Empfangene zurückgeben, so tritt seine Forderung an den Schuldner wieder in Kraft.

§ 14. Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Gläubiger sogleich in der Klage seinen Antrag darauf zu richten, was der Verklagte zu thun oder zu dulden für schuldig erkannt werden soll.

§ 15. Inwieweit der zur Rückgewähr Verpflichtete sich wegen Forderungen, welche ihm gegen den Schuldner zustehen, ebenfalls an das halten kann, was er zurückgewähren muß, ist nach den allgemeinen Vorschriften über das Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz (Tit. V. Abschn. I. der Konkurs-O.) zu entscheiden.

§ 16. Gegen einen dritten Besitzer der aus dem Vermögen des Schuldners weggegebenen oder veräußerten Gegenstände oder der von dem Schuldner bestellten Pfandrechte oder Hypothekenrechte findet das in Beziehung auf den Vorbesitzer zulässige Anfechtungs- und Rückforderungsrecht statt:

1. wenn der dritte Besitzer zur Zeit seiner Erwerbung davon Kenntniß gehabt hat, daß die Rechtshandlung des Schuldners nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen ist, die Gläubiger zu bevortheilen;
2. wenn der dritte Besitzer der Ehegatte des Schuldners oder ein naher Verwandter oder Verschwägerter (§ 5 Nr. 3) ist, insofern derselbe nicht Thatsachen nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit seiner Erwerbung von den Umständen, welche das Recht zur Anfechtung und Rückforderung gegen den Vorbesitzer begründen, keine Kenntniß gehabt hat;
3. wenn der dritte Besitzer die Sache durch eine freigebige Verfügung erworben hat; jedoch unterliegt in diesem Falle das Rückforderungsrecht denselben Beschränkungen, welche für den Fall der Anfechtung einer freigebigen Verfügung des Schuldners zu Gunsten des ersten Erwerbers festgesetzt sind (§ 12).

Gegen Erben findet das in Beziehung auf den Erblasser derselben begründete Anfechtungs- und Rückforderungsrecht ohne die vorstehenden Beschränkungen statt.

§ 17. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Anfechtung bleiben die positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer An-

wendung. Der erkennende Richter hat, unter Erwägung aller vorliegenden Umstände und unter genauer Prüfung aller beigebrachten Beweise, nach seiner freien, aus dem Inbegriff der stattgehabten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden, ob ein angetretener Beweis als geführt anzusehen sei oder nicht, oder ob es noch der Auferlegung eines nothwendigen Eides bedürfe. Insbesondere bleibt auch dem Ermessen des Richters vorbehalten, ob und welches Gewicht dabei auf die im § 7 unter Nr. 5 erwähnten Quittungen, Anerkenntnisse und Zugeständnisse gelegt werden kann. Der Richter muß die Gründe, auf welchen seine Ueberzeugung beruht, in dem Urtheile vollständig anführen.

Jedoch behält es in Ansehung der Befugniß der Parteien zur Eideszuschiebung, sowie in Ansehung der Wirkungen der geschehenen oder verweigerten Ableistung zugeschobener Eide bei den bestehenden gesetzlichen Vorschriften sein Bewenden.

§ 18. Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so gehen die Rechte, welche der Gläubiger aus dem gegenwärtigen Gesetz bereits erworben hat, auf die Gläubigerschaft über.

§ 19. Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem 1. Okt. 1855 in Kraft. Mit diesem Zeitpunkte sind alle entgegenstehenden Bestimmungen aufgehoben, namentlich das Gesetz vom 26. April 1835 über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil ihrer Gläubiger (G.S. S. 53).

Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855.

§ 99. Die Gläubigerschaft hat die Befugniß, Rechtshandlungen, welche vor der Konkurseröffnung vorgenommen sind, nach Maßgabe der folgenden näheren Bestimmungen als ungiltig anzufechten.

§ 100. I. Alle Zahlungen und Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unterliegen der Anfechtung, wenn der andere Theil bei dem Empfange der Zahlung oder bei dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts davon Kenntniß besaß, daß bereits der Gemeinschuldner die Zahlungen eingestellt hatte oder daß bereits der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gerichte angezeigt, oder ein Gläubiger desselben die Konkurseröffnung beantragt hatte. — Jedoch findet die Rückforderung der Zahlung eines von dem Gemeinschuldner ausgestellten indossirten eigenen Wechsels nur gegen den ersten Indossanten und die Rückforderung der Zahlung eines auf den Gemeinschuldner gezogenen Wechsels nur gegen denjenigen statt, für dessen Rechnung der Wechsel gezogen wurde, und auch gegen diesen nur dann, wenn der Erstere beim Indossiren, der Letztere bei Ausstellung oder Be-

gebung des Wechsels davon Kenntniß besaß, daß bereits der Gemeinschuldner die Zahlungen eingestellt hatte oder daß bereits der Gemeinschuldner die Unzulänglichkeit seines Vermögens bei dem Gerichte angezeigt oder ein Gläubiger desselben die Konkurseröffnung beantragt hatte. — Bei einem trassirt eigenen Wechsel, welcher von dem ersten Indossatar weiter indossirt ist, findet die Rückforderung der Zahlung nur gegen den ersten Indossatar statt, und auch gegen diesen nur dann, wenn derselbe beim Weiterindossiren von den erwähnten Umständen Kenntniß gehabt hat.

§ 101. II. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche seit dem Tage der Zahlungseinstellung oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit oder des Antrages auf Konkurseröffnung (§ 103) oder innerhalb der nächstvorhergegangenen zehn Tage vorgenommen worden sind, unterliegen der Anfechtung, wenn sie eines der nachfolgenden Rechtsgeschäfte zum Gegenstande haben.

1. Die Bestellung von Pfand oder Hypothek zur Sicherung von Verbindlichkeiten, die bereits vor der Einräumung des dinglichen Rechts entstanden sind, sofern die Pfand- oder Hypothekenbestellung nicht sogleich bei Entstehung der Verbindlichkeit oder doch vor den oben erwähnten zehn Tagen ausbedungen worden ist;
2. die Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld, es mag die Zahlung baar, durch Hingabe an Zahlungsstatt oder in anderer Weise erfolgt sein;
3. die Zahlung einer fälligen Schuld, welche nicht baar oder in Handelspapieren bewirkt worden ist.

§ 102.	stimmen inhaltlich überein mit A.G.	§ 5.
§ 103.		§ 7.
§ 104.		§ 8.
§ 105.		§ 11.
§ 106—108.		§ 12—13.
§ 109.		§ 16.

§ 110. Das Recht der Anfechtung kann nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Einrede ausgeübt werden.

§ 111 stimmt überein mit Anfechtungsgesetz § 17.

§ 112. Wenn die Gläubigerschaft von dem Rechte der Anfechtung keinen Gebrauch machen will, so bleibt jedem einzelnen Konkursgläubiger überlassen, dieses Recht auf seine Kosten auszuüben. — Dasjenige, was ein Gläubiger in solcher Weise erstreitet, fließt zur Konkursmasse; jedoch sind dem Gläubiger aus dem erstrittenen Betrage die ihm durch den Prozeß erwachsenen Kosten vorweg zu erstatten.

Code de commerce von 1807.

441. L'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce: son époque est fixée, soit par la retraite du débiteur soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce. — Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'il y aura cessation de paiement ou déclaration du failli.

442. Le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens.

443. Nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite.

444. Tous actes translatifs de propriété immobilière, faits par le failli, à titre gratuit, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, sont nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers; tous actes du même genre à titre onéreux, sont susceptibles d'être annullés sur la demande des créanciers s'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude.

445. Tous actes ou engagements pour fait de commerce contractés par le débiteur dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, sont présumés frauduleux quant au failli; ils sont nuls, lorsqu'il est prouvé qu'il y a fraude de la part des autres contractants.

446. Toutes sommes payées dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, pour dettes commerciales non échues sont rapportées.

447. Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls.

Loi sur les Faillites et Banqueroutes

du 28. Mai 1838. Bull. des lois XVI, p. 717.

441. Par le jugement déclaratif de la faillite ou par jugement ultérieur rendu sur le rapport du juge-commissaire le tribunal déterminera, soit d'office soit sur la poursuite de toute partie intéressée l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de payements. A défaut de détermination speciale la cessation de payements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite.

443. Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit à partir de sa date dessaisissement pour le failli de l'administration

de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite.

446. Sont nuls et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils auront faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque: tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit — tous payements soit en espèces soit par transport, vente, compensation ou autrement pour dettes non échues; et pour dettes échues, tous payements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce, — toute hypothèque conventionelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

447. Tous autres payements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de faillite pourront être annullés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements.

448. Les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. — Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation de payements ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. — Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu, où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise.

449. Dans le cas où des lettres de change auraient été payées après l'époque fixée comme étant celle de la cessation de payements et avant le jugement déclaratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être intentée que contre celui pour compte duquel la lettre de change aura été fournie. — S'il s'agit d'un billet à l'ordre, l'action ne pourra être exercée que contre le premier endosseur. — Dans l'un et l'autre cas, la preuve que celui à qui on demande le rapport, avait connaissance de la cessation de payements à l'époque de l'émission du titre devra être fournie.

Verzeichniß der abgekürzt zitirten Werke.

I. Quellen.

Aegypten, Handelsgesetzbuch, giltig vom 1. Jan. 1876, bei Borchardt.

A.G., Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, abgedruckt oben S. XVII.

A.G.O., Preußische Allgemeine Gerichtsordnung (1793).

Amerika, An act to establish a uniform system of bankruptcy throughout the United States, vom 2. März 1867 (aus den Statutes at Large of the U. S. A. 1867).

Argentinische Republik, Handelsgesetzbuch vom 10. September 1862 bei Borchardt.

Baden, Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 18. März 1864.

Bayern, Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 29. April 1869.

Belgien, Code de commerce (1851) in der kommentirten Ausgabe von Humblet.

Bolivia, Handelsgesetzbuch vom 12. November 1834, bei Borchardt.

Borchardt, Sammlung der Handelsgesetze des Erdballs, 1883.

Brasilien, Handelsgesetzbuch vom 25. Juni 1850, bei Borchardt.

Bremen, Verordn. für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt B. vom 5. Juni 1843. Amtl. Sammlung 1843, S. 30 flg.

C. de c., Code de commerce in der neuen Redaktion seit 1838, s. Frankreich.

C. de c. von 1807, Code de commerce in der ursprünglichen Redaktion, abgedr. S. 389.

Chile, Handelsgesetzbuch vom 23. November 1865, bei Borchardt.

Code de commerce, s. c. de c.

Codex h. t. VII, 75, cod. Just. de revocandis his quae per fraudem alienata sunt.

Dänemark, Fallitloven eller Lov om Konkurs, vom 25. März 1872.

Digesta, h. t.: 42, 8: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

E.G., Einführungsgesetz zur Konkursordnung vom 10. Febr. 1877.

England, Bankruptcy Act. 32 & 33 Vict. ch. 71.

Entwurf I, Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung (1873).

Entwurf II, Entwurf einer Konkursordnung für das Deutsche Reich (1875).

Entwurf A.G., Entwurf eines Gesetzes betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (1879).

Florenz, Stat. Florent. rubr. II. XI. v. 1416, abgedruckt in dem Programm der Universität Marburg, von 1864, herausgegeben von Fuchs.

Frankreich, Loi sur les faillites et banqueroutes vom 28. Mai 1838, oben S. 389 abgedruckt.

Genua, Statutorum civilium reipublicae Genuensis libri VI v. 1588. Genevae 1609.

Hamburg 1603, Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung u. Statuten. Hamb. 1842.

Hamburg, Neue Fallitenordnung vom 31. August 1753.

H.G.B., Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Italien, Codice di commercio italiano vom 31. Okt. 1882.

K.O., Konkursordnung für das Deutsche Reich, oben S. XVII abgedruckt.

L.R., Allgemeines preußisches Landrecht (1794).

Lübeck, Konkursordnung für die freie und Hansestadt L. vom 17. Sept. 1862 (Amtl. Samml. 1862, S. 221 flg.).

Mailand, Statuta Mediolanenses, 4. edit. Milano 1552.

Motive I, Begründung des Entwurfs einer deutschen Gemeinschuldordnung.

Motive II, „ „ „ „ Konkursordnung für das Deutsche Reich.

Motive A.G., „ „ „ eines Reichsanfechtungsgesetzes, sämmtlich nach der amtlichen Ausgabe (R. v. Decker) zitirt.

Niederlande, Wetboek van koophandel, derde boek vom 10. April 1838.

Norwegen, Lov om Concurs og Concursboers Behandling, vom 6. Juni 1863.

Nürnberg, Der Stadt Nürnberg erneuerte Reformation. Nürnberg 1564.

Oesterreich, A.B.G.B., Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811.

Oesterreich, Konkursordnung vom 25. Dezember 1868.

Portugal, Codigo commercial portuguez vom 18. September 1833.

Preußen 1835, Verordn. vom 26. April 1835, betr. die Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner.

Preußen, K.O. 1855, Konkursordnung vom 8. Mai 1855 (abgedr. oben S. 387).

Preußen, A.G. 1855, Preuß. G. vom 9. Mai 1855 (abgedr. oben S. 382).

Prot., Protokolle der Reichstagskommission zur Berathung der K.O. und des A.G.

R.K.O., siehe K.O.

R.T.K., Reichstagskommission. S. Prot.

Rußland, Ust. torg., auch „Rußl." allein zitirt, Bd. XI. Th. 2 des allg. Gesetzbuchs. (Handelsgesetzb.)

Rußland, Sak. grash., bürgerl. Gesetzb. Bd. X. Th. 1 des allg. Gesetzbuchs.

Rußland, Sak. çyd. grash., Zivilprozeßordn. Bd. X. Th. 2 des allgem. Gesetzbuchs.

Sachsen, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen v. 2. Januar 1863.

Sachsen-Weimar, G. v. 19. Juni 1867 (nach dem Abdruck bei Schönemann).

Spanien, Codigo de comercio vom 30. Mai 1829.

Schweden, Konkurs-Lag vom 18. September 1862.

Schweiz, Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 30. Okt. 1881.

St.G.B., Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

St.P.O., Strafprozeßordnung.
W.O., Allgemeine deutsche Wechselordnung.
Württemberg 1839, Ges. vom 5. Sept. 1839, betr. die privatrechtl. Folgen der Verbrechen und Strafen.
Württemberg, E.G., Ges. vom 13. Aug. 1865, betr. die Einführung des allg. d. Handelsgesetzbuchs.
Z.P.O., Zivilprozeßordnung.
Zürich, Privatrechtliches Gesetzbuch (1853 flg.).

II. Gerichtliche Entscheidungen.

Buchka u. Budde u. s. f., Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock, 1855, flg.
Entsch. des Kgl. preuß. Obertribunals im amtlichen Auftrage, 1837 flg.
Gruch., s. Gruchot unter III.
Kierulff, Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck, 1866 flg.
Obertribunal, s. Entsch.
Reichsgericht, R.G. } Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofs, 1880 flg.
R.O.H.G., Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofs, 1871 flg.
Seuff., Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 1847 flg.
Simon u. v. Strampff, Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe, 1828 flg.
Str., Strieth. } Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Obertribunals, 1851 flg.
Zelle, Entscheidungen des Tribunals, mitgetheilt von den Anwälten, 1860 flg.

III. Literatur.

Alauzet, Commentaire du code de commerce, 2e éd. 1871, tome VI.
Ansaldis Ansaldus de, De commercio et mercatura. Genevae 1698.
Bédarride, Traité des faillites et banqueroutes, 5e éd. 1874, tome I.
Beisert, Ueber anfechtbare Veräußerungen bei Gruchot Band 10, S. 1 flg.
Boulay-Paty, Traité des faillites et banqueroutes, 1834.
Bouvier's Law dictionary and Institutes by S. Austin Allibone 1882.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1873.
Carpzov, Jurisprudentia forensis, 1721.
Casaregis, Josephi Laurentii Mariae de, discursus legales de commercio. Venet. 1740.
Dalloz, Répertoire de législative, de doctrine et de jurisprudence, 1851, tome 24, ch. 2, sect. 4, art. 3.
Delamarre et Le Poitvin, Traité théorique et pratique de droit commercial 1861, tome VI.

Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts u. der Privatrechtsnormen des Reichs. Dritte Auflage. 1882, Band 2.

Eccius, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts von Förster, in 4. Aufl. herausgegeben von Eccius. 1880, Band 1.

Erxleben, Die condictiones sine causa, 1850.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. Zweite Aufl., 1883.

Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts. 1. Aufl. 1865 flg. (s. Eccius).

Francke, Archiv für ziv. Praxis. Band 16. Nr. 5. 10, 1833.

Fuchs, Der deutsche Konkursprozeß, 1877.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1875. 1883.

Goltdammer, Kommentar und Materialien zur (preußischen) Konkursordnung u. s. f. 1858.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts (jetzt von Rassow und Küntzell herausgegeben).

Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachtheiligten Konkursgläubiger, 1882.

Güterbock, Ueber englische Bankerottgesetzgebung in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 2. S. 40 flg.

Hartmann, Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens. Zweite Aufl., 1881.

Hasenbalg, Zur Lehre von der actio Pauliana, 1874.

Holtius, Het Nederlandsche Faillitenregt, 1850.

Hullmann, Reichskonkursordnung, 1879.

Humblet, Traité des faillites et banqueroutes et des sursis de payement. 1880.

Huschke, Ztschr. für Zivilrecht und Prozeß. Band 14 der N. F., 1857.

Jäckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses, 1881.

Kent, Commentaries on American law, 12th ed. by O. W. Holmes Jr. vol. II. 1873.

Koch, Die preußische Konkursordnung, 1855.

Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in und außer dem Konkurse, 1882.

Kranichfeld, Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 1880.

Laspeyres, Archiv für zivil. Praxis. Bd. 21. S. 35 flg. 1838.

Lattes, Il Diritto Commerciale nella legisl. statut. delle città italiane, 1882.

Lattes, Il fallimento nella legisl. bancarial di Venezia 1880.

Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Zweite Aufl., 1882.

Mankiewicz, Beiträge zur Lehre von der actio Pauliana, 1874.

Massé, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 3e ed. 1873.

Meischeider, Die preußische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts dargestellt, 1864.

Meißner, Die deutsche Konkursordnung, 1881.

Mevius, Comment. ad jus lubecense, 1664.

Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen u. s. f. nach gemeinem sächsischen und deutschen Reichsrecht, 1881.

Oyens, De Beginselen Van Het Hedendaagsche Faillitenregt naar anleiding der Konkursordnung f. d. Deutsche Reich, 1883.

Pardessus, Cours du droit commercial, 6e édit. par Rozière, 1856 flg., tome III.

Petersen, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1878.

Pitt-Taylor, The bankruptcy act 1869, — 1875.

Reinhart, Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, 1871.

Renouard, Traité des faillites et banqueroutes, 3e ed. 1857, tome I.

Reuz y Garcia, Codigo de comercio (español) anotado, 1878.

Robson, A treatise on the law of bankruptcy, 4th ed., 1881.

Roccus, De decoctoribus. (In den respons. legal. centur. duo ac mercat. notabilia u. s. f. Neap. 1655, vol. II.)

Rousseau et Defert, Code annoté de faillite et banqueroute, 1879.

Rudorff, Ztschr. für Rechtsgeschichte. Band 8. S. 72, 1869.

Saint-Nexent, Traité des faillites et banqueroutes, 1840, tome I.

v. Sarwey, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl., 1882.

Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio. Francof., 1648.

Schönemann, Die paulianische Klage, 1873.

Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880.

Sirey-Gilbert, Les codes annotés. Code de commerce, 1867.

Stephen's new comment. on the laws of England, 7th ed., 1874.

Stieglitz, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.

Straccha, Tract. de conturbatoribus sive decoctoribus im Tractatus de mercatura seu mercatore. Köln 1576.

Thomas, Étude sur la faillite (ouvrage couronné par la chambre de commerce de Bordeaux), 1880.

Tur, Die deutsche Reichskonkursordnung und die russischen Konkursgesetze. Dritter Theil. Vergleichender Kommentar. Abhandl. 1, 1879 (russisch).

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage.

Vidari, Il nuovo codice di commercio, compendiosamente illustrato coi motivi, 1883.

v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.

Wengler, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1879.

Wentzel und Klose, Preußische Konkursordnung, 1855.

Williams, The law and practice of bankruptcy, 1876.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. Zweite Aufl., 1881.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. 5. Aufl. 1882. Band II.

Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, 1859.

Zachariä, Französisches Zivilrecht. Aufl. 5. 1853, herausgegeben von Anschütz.

Register.

Die große arabische Zahl bezeichnet die Seite, die kleinere die Anmerkung; die römische Zahl, sowie die Buchstaben beziehen sich auf die entsprechende Bezeichnung im Text. Das Zitat der Anmerkung soll nicht immer auf den Inhalt der Anmerkung, sondern auch auf den durch dieselbe erläuterten Text verweisen.

A.

B.

C.

D.

G.

H.

J.

K.

L.

Q.

R.

S.

T.

U.

V.

W.

Z.

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

[illegible]